UNIVERSITY OF ST. MICHAEL'S COLLEGE
3 1761 02160033 3

# …ische Rechtsgeschichte

und

# System

# …Römischen Privatrechts

von

Professor Dr. Ed. Heilfron

---

Für Österreich bearbeitet

von

Dr. Paul v. Vittorelli

und

Dr. Alfred Bloch

**Verlag von Speyer & Peters, Berlin NW. 7.**

Von Amtsgerichtsrat Prof. Dr. Heilfron sind ferner erschienen:

**Deutsche Rechtsgeschichte. Staatsrecht. Kirchenrecht.** 6. Auflage. 1905. Preis geb. M. 8.—.

**Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts** auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Bd. I **Allgemeiner Teil.** 3. Aufl. 1904. Preis geb. M. 7.—.
Bd. II **Recht der Schuldverhältnisse.** 2. Aufl. 1902. Preis geb. M. 9.—.
Bd. III **Sachenrecht.** 2. Aufl. 1903. Preis geb. M. 7.50.
Bd. IV **Familien- u. Erbrecht.** 2. Aufl. 1904. Preis geb. M. 8.50.

**Lehrbuch des Civilprozeßrechts** von **Heilfron** und **Pick.**

Bd. I GVG. — CPO. Buch I u. II. 1904. Preis geb. M. 8.—.
Bd. II CPO. Buch III bis X. — ZwVG. 1905. Preis geb. M. 6.—.

Unter der Presse befindet sich:

**Lehrbuch des Konkursrechts**

von

**Heilfron** und **Pick.**

Fortsetzung auf der hinteren Umschlagseite.

# Römische Rechtsgeschichte

und

# System des römischen Privatrechts.

Von

Professor Dr. **Ed. Heilfron.**

Für Österreich bearbeitet

von

Dr. **Paul v. Vittorelli** und Dr. **Alfred Bloch.**

**Berlin 1905.**

Verlag von Speyer & Peters,

Buchhandlung für Universitäts-Wissenschaften.

Unter den Linden 43.

**Wien.**

Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung

I. Kohlmarkt 20.

UNIVERSITY OF ST. MICHAEL'S COLLEGE LIBRARY

OCT 22 1958

Luigi von Kunits.

# Vorwort.

In einer Zeit, in welcher sich unter dem Beifalle hervorragender österreichischer Rechtslehrer gewichtige Stimmen aus dem Deutschen Reiche gegen das Überwuchern des historischen Teiles des juristischen Studiums erheben, möge wohl auch für Österreich ein Versuch gestattet sein, der sich in Deutschland bereits auf das beste bewährt hat, und dessen Endzweck dahin geht, den jungen Juristen vom römischen Recht aus in das heutige bürgerliche Recht einzuführen. In voller Würdigung des römischen Rechts als bedeutendster Quelle unseres modernen Privatrechts setzt sich das vorliegende Buch die Aufgabe, den genetischen Zusammenhang des römischen und des modernen Privatrechts darzutun. — Da von den acht Semestern des in Österreich vorgeschriebenen juridischen Studiums die ersten vier ausschließlich den historischen Grundlagen des heutigen Rechts gewidmet sind, wogegen die letzten vier Semester nur der Verarbeitung des modernen Rechtsstoffs dienen, tritt die Erkenntnis des Zusammenhangs des römischen mit dem heutigen Rechte vielfach in den Hintergrund.

Was liegt näher, als daß der Studierende das in den ersten vier Semestern Gehörte nur zu willig der Vergessenheit anheimgibt und daß ihm von demselben bestenfalls nur das im Gedächtnisse bleibt, was als Ausfluß der Eigenart römischer Rechtsverhältnisse, römischer Kultur und Sitte heute als Kuriosität erscheint. Man beschäftigt sich auch in der Tat heute mehr denn je mit der Frage der Umgestaltung des rechtshistorischen Studiums. Diesbezüglich sei auf einen Artikel Professor Scheurers im heurigen Februarheft der Deutschen Juristenzeitung, welchem auch Professor

Mitteis in der Österreichischen Rundschau zustimmt, verwiesen. Anderseits darf gewiß nicht übersehen werden, daß das geltende Recht, welches sich dem Weltverkehr anpassen und die unter weit einfacheren Verhältnissen entstandenen römischen Rechtsinstitute modifizieren und komplizieren mußte, weit weniger geeignet erscheint, dem Studierenden die Grundbegriffe des Privatrechts klarzulegen, als das römische Recht.

In Österreich, wo das römische Recht seit mehr als hundert Jahren keine unmittelbare Geltung mehr hat, kann das praktische Interesse für dasselbe im jungen Juristen nur dadurch wachgerufen werden, daß ihm immer wieder die Übergänge gewiesen werden, die vom römischen zum geltenden Rechte hinüberleiten.

Das vorliegende Buch behandelt das römische Privatrecht in seiner Entwicklung und in der ihm im Corpus iuris civilis gegebenen Gestalt. Bei jedem einzelnen Rechtsinstitut ist die weitere Entwicklung durch das Gemeine Recht hindurch bis auf das ABGB. und seine Nebengesetze dargestellt. Diese Darstellung findet ihre natürliche Grenze durch den Zweck des Buches, die jungen Juristen vom römischen Recht aus in das heutige einzuführen. Was die systematische Anordnung des Lehrstoffs anbelangt, so wurde im wesentlichen die schon bewährte der Ausgabe dieses Buches für Deutschland beibehalten, da sich eine Anlehnung an die von Theorie und Praxis längst nicht mehr gebilligte, veraltete Einteilung des ABGB. als unzweckmäßig erwies.

Die Ausgabe dieses Buches für Deutschland hat seit wenigen Jahren bereits die fünfte Auflage erlebt; dieser Erfolg und die Besprechungen der deutschen Fachpresse zeugen für seinen Wert.

Möge denn der österreichischen Ausgabe diese Werkes die gleiche wohlwollende Aufnahme beschieden sein.

Wien, im Januar 1905.

Die Herausgeber.

# Inhalts-Verzeichnis.

## Einführung in die Rechtswissenschaft.


Seite

§ 1. Grundbegriffe der Rechtswissenschaft . . . . . 1
§ 2. Das österreichische Bürgerliche Recht . . . . . 36


## A. Römische Rechtsgeschichte.

### I. Buch: Geschichte der Verfassung.


§ 3. I. Periode: Bis zu den 12 Tafeln . . . . . 43


#### II. Periode: Bis zum Ende der Republik.


§ 4. Allgemeine Übersicht über die Entwicklung . . . . . 49
§ 5. Die Komitien . . . . . 54
§ 6. Der Senat . . . . . 64
§ 7. Die Staatsämter . . . . . 66
§ 8. Die einzelnen Beamten . . . . . 71
§ 9. Das Staatsgebiet . . . . . 75


#### III. Periode: Bis zum Tode Diokletians.


§ 10. Der Prinzipat . . . . . 78
§ 11. Komitien und Senat . . . . . 81
§ 12. Die Beamten . . . . . 82
§ 13. Das Staatsgebiet . . . . . 84
§ 14. IV. Periode: Bis zum Tode Justinians . . . . 85

## II. Buch: Geschichte der Rechtsquellen.

### I. Rechtsquellen bis zur Kodifikation.

Seite

§ 15. Rechtsquellen. Einleitung . . . . . 90
§ 16. Leges Plebeivescita . . . . . 90
§ 17. Senatus Consulta . . . . . 100
§ 18. Constitutiones Principum . . . . . 102
§ 19. Edicta Magistratuum . . . . . 106
§ 20. Geschichte der römischen Rechtswissenschaft (Responsa Prudentium) . . . . . 110
§ 21. Kodifikation in den germanischen Reichen . . . . . 122

### II. Die Kodifikation durch Justinian.

§ 22. Übersicht . . . . . 123
§ 23. I. Vorbereitende Arbeiten . . . . . 126
§ 24. II. Pandectae s. Digesta . . . . . 126
§ 25. III. Institutiones . . . . . 131
§ 26. IV. Codex repetitae praelectionis . . . . . 132
§ 27. V. Novellae. VI. Rechtsstudium . . . . . 133
§ 28. Das Corpus iuris civilis . . . . . 135

### III. Fortbildung des Justinianischen Rechts.

§ 29. Fortbildung im Orient . . . . . 141
§ 30. Fortbildung in Italien . . . . . 142

## III. Buch: Übersicht über die Rechtsentwicklung.

§ 31. Das Privatrecht . . . . . 145
§ 32. Der Civilprozeß . . . . . 158

## B. System des römischen Privatrechts.

Seite

§ 33. Die Bedeutung des römischen Privatrechts für das heutige bürgerliche Recht . . . . . 161

---

Erstes Buch.

# Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt.

## Personen.

### Natürliche Personen.

§ 34. Die Rechtsfähigkeit. Allgemeines . . . . . 162
§ 35. Einfluß des status . . . . . 165
§ 36. Umstände, welche die Rechtsfähigkeit beeinflussen . . . 184

### Juristische Personen.

§ 37. Arten und rechtliche Natur der juristischen Personen . 193

Zweiter Abschnitt.

## Sachen.

§ 38. Einteilung der Sachen . . . . . 202
§ 39. Rechtserhebliche Eigenschaften der Sachen . . . . . 215

Dritter Abschnitt.

## Rechtsgeschäfte.

§ 40. Erwerb und Verlust der Rechte . . . . . 227
§ 41. Rechtsgeschäfte. Allgemeines . . . . . 231

### Geschäftsfähigkeit.

§ 42. Die Geschäftsfähigkeit . . . . . 237

### Willenserklärung.

§ 43. Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung . . . . . 252
§ 44. Betrug und Zwang . . . . . 261
§ 45. Abgabe der Willenserklärung . . . . . 267
§ 46. Inhalt der Rechtsgeschäfte . . . . . 274
§ 47. Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte . . . . . 277

**Vertrag.**

Seite
§ 48. Der Vertrag . . . . . 281

**Bedingung. Zeitbestimmung.**

§ 49. Die Bedingung . . . . . 284
§ 50. Die Befristung . . . . . 296

**Vertretung. Vollmacht.**

§ 51. Vertretung und Vollmacht . . . . . 299

**Einwilligung. Genehmigung.**

§ 52. Zustimmung zu fremden Rechtsgeschäften . . . . . 309

Vierter Abschnitt.

**Fristen. Termine.**

§ 53. Bestimmung und Berechnung der Zeit . . . . . 312

Fünfter Abschnitt.

**Verjährung.**

§ 54. Begriff und Arten der Verjährung . . . . . 321
§ 55. Die Anspruchsverjährung . . . . . 324

Sechster Abschnitt.

**Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.**

§ 56. Ausübung und Schutz der Rechte . . . . . 335

A. Selbstschutz.

§ 57. Selbstverteidigung und Selbsthilfe . . . . . 339

B. Rechtsschutz.

§ 58. Rechtsschutz. Allgemeines . . . . . 342
§ 59. Das römische Aktionensystem . . . . . 344
§ 60. Die Verteidigung des Beklagten . . . . . 357
§ 61. Die Wirkungen der Klageerhebung . . . . . 368
§ 62. Die Wirkungen des Urteils . . . . . 376

Siebenter Abschnitt.

**Sicherheitsleistung.**

§ 63. Die Sicherung der Rechte . . . . . 384

## Zweites Buch.

# Recht der Schuldverhältnisse.

### Erster Abschnitt.

### Inhalt der Schuldverhältnisse.


| | | Seite |
|---|---|---|
| § 64. | Begriff und Entstehung der Schuldverhältnisse | 392 |
| § 65. | Der Gegenstand der Schuldverhältnisse | 396 |
| § 66. | Art und Umfang der Haftung | 404 |
| § 67. | Ort und Zeit der Leistung | 415 |
| § 68. | Unmöglichkeit der Leistung | 418 |
| § 69. | Verzug | 428 |
| § 70. | Erzwingbarkeit der Schuldverhältnisse | 432 |


### Zweiter Abschnitt.

### Schuldverhältnisse aus Verträgen.


| | | |
|---|---|---|
| § 71. | Begründung. Inhalt des Vertrags | 439 |
| § 72. | Gegenseitiger Vertrag | 460 |
| § 73. | Versprechen der Leistung an einen Dritten | 463 |
| § 74. | Draufgabe. Vertragsstrafe | 465 |
| § 75. | Rücktritt | 469 |


### Dritter Abschnitt.

### Erlöschen der Schuldverhältnisse.


| | | |
|---|---|---|
| § 76. | Erlöschen der Schuldverhältnisse. Allgemeines | 471 |
| § 77. | Erfüllung | 480 |
| § 78. | Hinterlegung | 484 |
| § 79. | Aufrechnung | 485 |
| § 80. | Erlaß | 490 |


### Vierter Abschnitt.

### Übertragung der Forderung.


| | | |
|---|---|---|
| § 81. | Voraussetzungen des Forderungsübergangs | 492 |
| § 82. | Wirkungen des Forderungsübergangs | 497 |


### Fünfter Abschnitt.

### Schuldübernahme.


| | | |
|---|---|---|
| § 83. | Die Schuldübernahme | 501 |

Seite

Sechster Abschnitt.

**Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.**

§ 84. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern . . . . . 503

Siebenter Abschnitt.

**Einzelne Schuldverhältnisse.**

**Kauf. Tausch.**

I. Allgemeine Vorschriften . . . . . 512

§ 85. Begriff und Abschluß des Kaufvertrags . . . . . 512
§ 86. Pflichten des Verkäufers und des Käufers . . . . . 518
§ 87. II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache. 522
§ 88. III. Besondere Arten des Kaufs . . . . . 528
§ 89. IV. Tausch . . . . . 530

**Schenkung.**

§ 90. Schenkung . . . . . 532

**Miete. Pacht.**

§ 91. Locatio conductio rei . . . . . 539

**Leihe.**

§ 92. Commodatum. . . . . 550

**Darlehen.**

§ 93. Mutuum . . . . . 554

**Dienstvertrag.**

§ 94. Locatio conductio operarum . . . . . 561

**Werkvertrag.**

§ 95. Locatio conductio operis . . . . . 565

**Mäklervertrag.**

§ 96. Mäklervertrag . . . . . 571

**Auslobung.**

§ 97. Auslobung . . . . . 572

**Auftrag.**

§ 98. Mandatum . . . . . 572

Seite

Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 99. Negotiorum gestio . . . . . 577

Verwahrung.

§ 100. Depositum . . . . . 582

Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

§ 101. Receptum . . . . . 586

Gesellschaft.

§ 102. Societas . . . . . 589

Gemeinschaft.

§ 103. Communio . . . . . 596

Spiel und Wette.

§ 104. Spiel und Wette . . . . . 598

Bürgschaft.

§ 105. Bürgschaft . . . . . 600

Vergleich.

§ 106. Vergleich . . . . . 609

Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

§ 107. Abstrakte Schuldverträge . . . . . 611

Anweisung.

§ 108. Die Anweisung . . . . . 612

Schuldverschreibung auf den Inhaber.

§ 109. Wertpapiere . . . . . 613

Vorlegung von Sachen.

§ 110. Vorlegung von Sachen und Urkunden . . . . . 614

Ungerechtfertigte Bereicherung.

§ 111. Ungerechtfertigte Bereicherung . . . . . 616

Unerlaubte Handlungen. Seite

§ 112. Obligationes ex delicto . . . . . 623

---

Drittes Buch.

## Sachenrecht.

---

§ 113. Sachenrecht. Allgemeines . . . . . 640

### Erster Abschnitt.

### Besitz.

§ 114. Begriff und Arten des Besitzes . . . . . 642
§ 115. Erwerb und Verlust des Besitzes . . . . . 648
§ 116. Schutz des Besitzes . . . . . 658
§ 117. Der Rechtsbesitz . . . . . 674

### Zweiter Abschnitt.

### Eigentum.

#### Inhalt des Eigentums.

§ 118. Das Eigentum. Allgemeines . . . . . 677
§ 119. Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen . . . . . 686

#### Erwerb und Verlust des Eigentums.

§ 120. Eigentumserwerbsarten . . . . . 699
§ 121. Übertragung . . . . . 705
§ 122. Ersitzung . . . . . 713
§ 123. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung . . . . 729
§ 124. Fruchterwerb . . . . . 735
§ 125. Aneignung . . . . . 737
§ 126. Fund und Schatz . . . . . 741

#### Ansprüche aus dem Eigentum.

§ 127. Rei vindicatio . . . . . 743
§ 128. Actio negatoria . . . . . 754
§ 129. Actio Publiciana . . . . . 756

#### Miteigentum.

§ 130. Miteigentum . . . . . 760

Dritter Abschnitt.

**Superfizies und Emphyteuse.**

Seite

§ 131. Superficies und Emphyteusis . . . . . 764

Vierter Abschnitt.

**Dienstbarkeiten.**

§ 132. Dienstbarkeiten. Allgemeines . . . . . 770
§ 133. Grunddienstbarkeiten . . . . . 772
§ 134. Persönliche Dienstbarkeiten . . . . . 777
§ 135. Entstehung der Dienstbarkeiten . . . . . 785
§ 136. Untergang der Servituten . . . . . 790
§ 137. Rechtsschutz der Dienstbarkeiten . . . . . 792

Fünfter Abschnitt.

**Das Pfandrecht.**

§ 138. Begriff und Entwicklung des Pfandrechts . . . . . 795
§ 139. Entstehung des Pfandrechts . . . . . 802
§ 140. Gegenstand, Umfang, Inhalt des Pfandrechts . . . 809
§ 141. Mehrheit von Pfandrechten . . . . . 822
§ 142. Übergang und Untergang des Pfandrechts . . . . . 828

---

Viertes Buch.

## Familienrecht.

---

Erster Abschnitt.

**Ehe.**

§ 143. Eingehung der Ehe . . . . . 833
§ 144. Die Wirkungen der Eheschließung . . . . . 844
§ 145. Ehegüterrecht. Allgemeines . . . . . 848
§ 146. Die Dos . . . . . 849
§ 147. Parapherna und Eheschließung . . . . . 864
§ 148. Die Auflösung der Ehe . . . . . 866

Zweiter Abschnitt.

**Verwandtschaft.**

Seite

§ 149. Eheliche Abstammung . . . . . 873
§ 150. Väterliche Gewalt . . . . . 877
§ 151. Uneheliche Kinder . . . . . 888
§ 152. Annahme an Kindesstatt . . . . . 890

Dritter Abschnitt.

**Vormundschaft.**

§ 153. Vormundschaft. Allgemeines . . . . . 896
§ 154. Tutela impuberum . . . . . 897
§ 155. Cura . . . . . 909

---

Fünftes Buch.

## Erbrecht.

---

Erster Abschnitt.

**Erbfolge.**

§ 156. Erbfolge. Allgemeines . . . . . 911
§ 157. Gesetzliche Erbfolge . . . . . 919
b 158. Gewillkürte Erbfolge . . . . . 939

Zweiter Abschnitt.

**Rechtliche Stellung des Erben.**

§ 159. Erwerb der Erbschaft . . . . . 955
§ 160. Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten . 967
§ 161. Die Rechtsbehelfe des Erben . . . . . 973
§ 162. Mehrheit von Erben . . . . . 980

Dritter Abschnitt.

**Testament.**

§ 163. Testament. Allgemeine Vorschriften . . . . . 988
§ 164. Die Erbeinsetzung . . . . . 995
§ 165. Das Vermächtnis . . . . . 1015
§ 166. Das Universalvermächtnis . . . . . 1046
§ 167. Errichtung und Aufhebung letztwilliger Verfügungen . 1051

Vierter Abschnitt.

**Erbvertrag.**

Seite

§ 168. Die Erbverträge . . . . . 1068

Fünfter Abschnitt.

**Pflichtteil.**

§ 169. Noterbrecht und Pflichtteilsrecht . . . . . 1070

Sechster Abschnitt.

**Erbunwürdigkeit.**

§ 170. Die Erbunwürdigkeit . . . . . 1085

Siebenter Abschnitt.

**Erbschaftskauf.**

§ 171. Der Erbschaftskauf . . . . . 1088

---

**Anhang.**

I. Rechtssprichwörter . . . . . 1091
II. Die wichtigsten Titel des Corpus Iuris Civilis . . . 1093
Register . . . . . 1097

---

# Abkürzungen.

ABGB. = Allgem. bürgerl. Gesetzbuch.
AGG. = Allgem. Grundbuchsgesetz.
ALR. = Allgem. Landrecht f. d. preußischen Staaten.
C. = Codex (Krüger).
CPO. = Civilprozeßordnung.
D. = Digesta (Mommsen).
DBGB. = Deutsches Bürg. Gesetzbuch.
DHGB. = Deutsches Handelsgesetzbuch.
EO. = Exekutionsordnung.
G. = Gai Institutiones (Krüger-Studemund).
GeschOdg. = Geschäftsordnung.
GOG. = Gerichtsorganisationsgesetz.
HGB. = Handelsgesetzbuch.
I. = Institutiones (Krüger).
JGS. = Justizgesetzsammlung.
JN. = Jurisdiktionsnorm.
KO. = Konkursordnung.
KP. = Kundmachungs-Patent.
Nov. = Novellae (Schöll-Kroll).
OGH. = Entscheidung des Obersten Gerichtshofes.
Pat. = Patent f. d. Verfahren a. Streitsachen.
RatGes. = Ratengesetz.
RGB. = Reichsgesetzblatt.
StGB. = Strafgesetzbuch.
StGG. = Staatsgrundgesetz.
StPO. = Strafprozeßordnung.
WO. = Wechselordnung.
X. = Liber Extra (Corp. Iur. Can.).

# Einführung in die Rechtswissenschaft.

## § 1. Grundbegriffe der Rechtswissenschaft[1]).

### a. Recht.

Das Wort Recht hat zwei Bedeutungen[2]):

Recht (= rectum) im objektiven Sinne (norma agendi, Rechtsnorm) ist der Inbegriff erzwingbarer Regeln, welche das äußere Verhalten der Menschen zueinander bestimmen, oder, wie Kohler sich ausdrückt, die durch die soziale Natur des Menschen in sozialer Weise gegebene Zwangsordnung der menschlichen Lebensverhältnisse.

Recht im subjektiven Sinne (facultas agendi, Berechtigung) ist die durch das objektive Recht dem einzelnen

---

[1]) Die Darstellung der in diesem Paragraphen behandelten grundlegenden Rechtsbegriffe, mit welcher man eine allgemeine Übersicht über das objektive Recht zu verbinden pflegt, nennt man juristische Encyklopädie (ἐγκύκλιος παιδεία, orbis doctrinae, Quintil. Institutio oratoria I, 10, 1). Methodologie oder Hodegetik (ὁδηγητής = Wegweiser) ist die Lehre von der besten Einrichtung des Rechtsstudiums. Eine der berühmtesten methodologischen Schriften ist die 1668 von Leibniz verfaßte „Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae".

Die obige Darstellung stellt zunächst den Begriff „Recht" fest (oben a) und beschäftigt sich dann mit den Grundlagen jeder Rechtsordnung, dem „Staat" (b) und den „Staatenverbindungen" (c), sowie mit den obersten „Einteilungen der Rechtsnormen" (d). Endlich ist auf die praktische „Anwendung der Rechtsnormen" (e), insbesondere hinsichtlich ihrer örtlichen (f) und zeitlichen (g) Grenzen und auf die wissenschaftliche Behandlung des Rechts (h, i) einzugehen.

gewährte Befugnis („Wollendürfen"). Betätigt sich diese Befugnis gegen einen bestimmten Gegner, so ist ein Anspruch vorhanden.

Vom Recht (im objektiven Sinn) ist die Moral und die Sitte zu unterscheiden.

1. Moral ist der Inbegriff der Sittlichkeitsnormen. Sie unterscheidet sich vom objektiven Rechte dadurch, daß:

α. das Recht grundsätzlich erzwingbar ist, während zur Befolgung der Vorschriften der Moral der Mensch nur durch sein Gewissen angehalten wird;

β. das Recht nur das äußere, die Moral auch das innere Verhalten bestimmt.

Die Begriffe Recht und Moral decken sich daher nicht[3]).

2. Sitte ist das im Verkehre der Menschen untereinander übliche Verhalten. Sie hat mit dem Rechte gemein, daß sie nur das äußere Verhalten regelt, mit der

---

[2]) Dieselbe Doppelbedeutung hat das lat. Wort „ius", das franz. „droit" und das ital. „diritto" (= directum); dagegen im Griechischen ὁ νόμος = obj. R., τό νόμιμον = subj. R., im Englischen law = obj. R., right = subj. R. — Im deutschen Sprachgebrauche bedeutet Recht auch soviel wie Gericht, zB. in der Formel, die nach dem alten Gerichtsgebrauche den Schluß der Urteilsformel bildete: Von Rechts wegen.

[3]) Non omne quod licet honestum est (D. 50, 17, 144, pr.). Doch werden in anderen Aussprüchen Recht und Moral als übereinstimmende Begriffe behandelt: Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi (od. tribuens). Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere (D. 1, 1, 10, pr. u. 1). Ius a iustitia appellatum; nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi (D. 1, 1, 1, pr.).

Freilich entspricht es nicht dem Rechtsideal, wenn Recht und Moral sich nicht decken. Tatsächlich wird dieser ideale Zustand jedoch nie erreicht, schon deshalb nicht, weil die Anschauungen davon, was als sittlich oder anständig und was als unsittlich oder unanständig zu gelten hat, in fortwährendem Wechsel begriffen sind. Immerhin hat der Gesetzgeber darüber zu wachen, daß nicht das Recht mit dem Sittlichkeitsempfinden weiter Bevölkerungskreise dauernd in Gegensatz tritt. Auf diese Erwägung ist die mannigfache Berücksichtigung der Moral, der „guten Sitten" im ABGB. (vgl. zB. §§ 26, 878, 879, 1271, 1272) zurückzuführen.

Moral, daß sie nicht erzwingbar ist. Über die Bedeutung der Sitte (Rechtssitte) für die Rechtsbildung vgl. unten S. 18.

Vielfach sind aber auch sittliche und Anstandspflichten rechtlich erheblich, vgl. zB. ABGB. §§ 879, 1174, dann EO. § 81 Z. 4, wonach die Bewilligung der Exekution auf Grund eines ausländischen Exekutionstitels zu versagen ist, wenn vermittels der Exekution oder der begehrten Exekutionshandlung ein Rechtsverhältnis zur Anerkennung oder ein Anspruch zur Verwirklichung gelangen soll, welchem das inländische Gesetz im Inlande aus Rücksichten der Sittlichkeit die Gültigkeit oder Klagbarkeit (zB. bei Spiel und Wette) versagt.

b. Staat.

Staat (status = état) ist die selbständige und dauernde Gemeinschaft der Bewohner eines bestimmten Gebiets unter einer höchsten nach feststehenden Grundsätzen ausgeübten Gewalt.

Zum Begriffe des Staats gehören hiernach folgende Merkmale.

1. Ein Volk, d. h. eine Vielheit natürlicher Personen. Vom Volk in diesem (politischen) Sinn unterscheidet man das Volk im ethnographischen Sinn oder die Nation, d. h. die Gesamtheit der durch gemeinsame Abstammung, Sprache und Sitte verbundenen Personen[4]). Das Volk im politischen Sinne deckt sich in der Gegenwart nur selten mit der Nation; daher findet in Staaten mit nationalen Mischungen (Österreich, Rußland, auch in den Grenzgebieten des Deutschen Reichs: Posen und Westpreußen, Nordschleswig) mitunter ein erbitterter Nationalitätenkampf statt, unter Geltendmachung des Nationalitätsprinzips, d. h.

[4]) Die Nation ist wieder eine Unterart der Rasse, d. h. der durch gemeinsame anatomische Eigenschaften (Hautfarbe, Körperbau) gekennzeichneten Menschen. Anderseits sind Unterarten der Nation die Stämme, welche durch Zusammenwohnen, gemeinsame Mundart (Dialekt) innerhalb der nationalen Sprache, vielfach auch durch übereinstimmendes Recht sich in näherer Gemeinschaft befinden.

des Grundsatzes, daß jede Nation, selbst unter Änderung der bestehenden staatlichen Verhältnisse, berufen ist, für sich allein einen Staat zu bilden (zB. Irredenta, d. h. das unerlöste sc. Italien, Panslavismus). Demgegenüber geht das Legitimitätsprinzip (Metternich) von der Unveränderlichkeit der rechtmäßig erlangten Herrschergewalt aus.

2. Ein Staatsgebiet, d. h. ein abgegrenzter Teil der Erdoberfläche. Staatsgebiet sind auch die „Eigengewässer", d. h. die nationalen Ströme, Kanäle, Binnenmeere und -seen, letztere allerdings nur, falls die etwaige Verbindung mit dem offenen Meere von dem umschließenden Uferstaate beherrscht wird. Dagegen werden von vielen (zB. Liszt) die „Küstengewässer", d. h. das Meer, soweit es vom Lande beherrscht werden kann („ubi finitur armorum vis", „quousque mare a terra superari potest", auf Kanonenschußweite, herkömmlich 3 Seemeilen vom Uferrande zur Zeit der Ebbe), nicht als Staatsgebiet angesehen, wenn auch eine beschränkte Gebietshoheit durchweg anerkannt wird[5]). Als „schwimmende

---

[5]) Früher haben einzelne Staaten nicht nur über die Küstengewässer, sondern auch über Teile des offenen Meeres Souveränität beansprucht; so zB. Venedig über das Adriatische, Genua über das Ligurische Meer, Spanien und Portugal über die von ihnen entdeckten Meere. Gegen diese letzteren Ansprüche richtete sich die berühmte 1609 veröffentlichte Schrift „Mare liberum" von Hugo Grotius, dem Vater des modernen Völkerrechts, welcher wieder bekämpft wurde von dem Engländer Selden zugunsten der „engeren Meere" zwischen England und Irland: „Mare clausum" (1635). Abgeschlossen wurde die Streitfrage im Sinne voller Meeresfreiheit durch die Schrift Bynkershoeks „De dominio maris" (1702). Neuerdings machten die Vereinigten Staaten nach Ankauf Alaskas von Rußland (1867) den Versuch, das Behringsmeer zu einem mare clausum zu erklären und beschlagnahmten englische Robbenfänger. Ein Schiedsgericht in Paris (1893) entschied jedoch zugunsten der Meeresfreiheit.

Die beschränkte Gebietshoheit über die Küstengewässer äußert sich in der Möglichkeit des Ausschlusses der Ausländer vom Fischfange (§ 39 der Ministerialverordn. vom 5. Dezember 1884, RGB. Nr. 188, und Ministerialverordn. vom 30. September 1857, RGB. Nr. 198, bezw. StGB. §§ 171, 173) und von der Küstenschiffahrt (cabotaggio, cabotage, d. i. der Schiffahrt zwischen den einzelnen Häfen des Staates; in Österreich sind Deutschland, Großbritannien, Italien und die Niederlande vertragsmäßig zu derselben zugelassen) sowie in

Gebietsteile" bezeichnet man die inländischen Kriegs- und Kauffahrteischiffe auf offenem Meer. In fremden Häfen und in den anderen Eigengewässern, zB. geschlossenen Buchten, unterliegen die Kauffahrteischiffe der ausländischen Staatsgewalt; Kriegsschiffe gelten jedoch für das öffentliche Recht auch dort als heimisches Gebiet[6]).

3. Eine Staatsgewalt, d. h. die höchste Macht im Staate zur Verwirklichung seiner Zwecke (Souveränität = supremitas, suprema potestas).

α. Die Souveränität zeigt sich:

a. in der Selbständigkeit nach außen. Jeder Staat hat jeden anderen Staat als gleichberechtigtes Glied der völkerrechtlichen Gemeinschaft anzuerkennen und sich daher in seine Angelegenheiten nicht einzumischen (Prinzip der Nichtintervention);[7])

---

der Durchführung der Verklarung (Untersuchung) von Seeunfällen durch das Handels- und Seegericht des Einlaufshafens (§ 49 des politischen Navigationsediktes „editto politico di navigazione vom 25. April 1774).

Weit ausgedehnt war die Gebietshoheit über die britischen Küstengewässer in Oliver Cromwells Navigationsakte (1651), nach welcher die Einfuhr nach Großbritannien und Irland ausschließlich durch britische Schiffe erfolgen durfte (endgültig beseitigt 1849).

[6]) Das bedeutet, daß Kriegsschiffe in keinem Falle der fremden Staatsgewalt unterstehen, so daß zB. die fremden Behörden auf einem in ihrem Hafen befindlichen Kriegsschiffe keine Verhaftung, Pfändung oder Zustellung vornehmen dürfen. Auch in strafrechtlicher Hinsicht kommt das Kriegsschiff als Inland in Betracht. Ein auf einem österreichischen Kriegsschiffe zB. im stillen Ozean begangenes Verbrechen gilt als im Inlande verübt. Dagegen gilt das Kriegsschiff nicht etwa auch für das bürgerliche Recht in allen Beziehungen als Inland.

[7]) Zum Ausdrucke gebracht ist dies Prinzip zB. in der Botschaft des Präsidenten der Vereinigten Staaten, James Monroe, vom 2. Dezember 1823, worin die beiden Grundsätze (Monroedoktrin: „Amerika den Amerikanern") aufgestellt sind, daß einmal jede Einmischung der europäischen Mächte in die Angelegenheiten Amerikas und ferner jeder Erwerb amerikanischen Gebiets durch eine europäische Macht ausgeschlossen sein solle.

Tatsächlich findet die Intervention häufig statt; so intervenierten England und Österreich nach dem Präliminarfrieden von St. Stefano zugunsten der Türkei, die Großmächte 1895 (auf Grund des Art. 61

b. in der Unabhängigkeit nach innen. Daraus folgt die grundsätzlich unbeschränkte Macht des Staats über das Staatsgebiet (Territorialgewalt, Gebietshoheit) sowie über die darin befindlichen Personen und Sachen[8]).

β. Über die Entstehung und den Rechtsgrund der Staatsgewalt gibt es verschiedene Theorien:

a. Die historischen Staatstheorien suchen die Entstehung des Staats und das Vorhandensein einer Staatsgewalt geschichtlich zu erklären, entweder

1) durch eine Einsetzung Gottes (Theokratische Theorie, Königtum von Gottes Gnaden, Stahl); oder

2) durch den unwillkürlichen Trieb des Menschen zur Gesellung (Naturhistorische Theorie, *ἄνθρωπος ζῶον πολιτικόν*, Aristoteles); oder

3) aus der Überwältigung des Schwächeren durch den Stärkeren (Theorie der Übermacht); oder

4) aus einer Erweiterung der hausherrlichen Gewalt (Patriarchalische Theorie); oder

5) aus einem dem Herrscher zustehenden Eigentum am Staatsgebiet (Patrimoniale Theorie).

b. Die rationellen Staatstheorien begründen die Entstehung des Staats vernunftgemäß, entweder

1) aus einem Vereinigungsvertrag, den die Bewohner eines Gebiets bei der ersten Gründung des Staats ausdrücklich oder stillschweigend geschlossen haben (contrat social — Jean Jacques Rousseau — Vertragstheorie), um der Anarchie ein Ende zu bereiten; oder

2) lediglich aus der vernünftigen Erwägung, daß ein Staat und eine Staatsgewalt die notwendigen Grundlagen

---

des Berliner Vertrages) zugunsten der Armenier, die Vereinigten Staaten 1898 gegenüber Spanien zugunsten von Kuba.

Aus der Gleichberechtigung souveräner Staaten folgt, daß kein Staat sich eine Gerichtsbarkeit über einen fremden Staat, dessen Oberhaupt oder Vertreter anmaßen darf. Streitig ist, ob sich dieser Grundsatz auch auf den Staat als Privatunternehmer (von Eisenbahnen usw., „Fiskus", unten § 37 b) bezieht (dafür die herrschende Meinung).

[8]) Über die Kondominate und die sog. Staatsservituten vgl. S. 12[16], über die Exterritorialität EGJR., Art. IX, S. 32.

des Miteinanderlebens von Menschen sind (Ideale Theorie).

γ. Über den Zweck des Staats (Staatsteleologie) gibt es hauptsächlich drei Theorien:

a. die Wohlfahrtstheorie (Eudämonismus, „Salus publica suprema lex"), welche als Zweck des Staats das allgemeine Wohl hinstellt (Fichte, Hegel), in ihrer Ausartung häufig jedoch zur Bevormundung des Volks und zum sog. Polizeistaate[9]) führt;

b. die Theorie des Rechtszwecks (Kant), nach welcher der Zweck des Staats ausschließlich im Schutze des Rechts zu suchen ist (Rechtsstaat, nach Lassalle „Nachtwächterstaat").[10]) Auf wirtschaftlichem Gebiete verneint diese Theorie die Zulässigkeit jedes staatlichen Eingreifens (laissez faire, laissez aller) und führt zum Freihandel; sie wird auch Manchestertheorie[11]) genannt;

---

[9]) Polizei ist hier in umfassendem Sinn als gesamte innere Staatstätigkeit gebraucht; diese Bedeutung liegt zB. auch den Reichspolizeiverordnungen des Mittelalters zugrunde. Der heutige Begriff der Polizei deckt sich mit der — früher der Wohlfahrtspolizei (Volkswirtschaftspflege) gegenübergestellten — Sicherheitspolizei. Der Wirkungskreis der Polizeibehörden besteht nach den „Grundzügen vom 10. Dezember 1850":

a. in der Aufrechthaltung der öffentlichen Sicherheit und der inneren Ruhe;

b. in der Sorge für die Sicherheit der Person und des Eigentums;

c. in der Handhabung der öffentlichen Ordnung (Mayrhofer, Handbuch I, 489).

[10]) Heute pflegt man den Ausdruck „Rechtsstaat" nicht zur Kennzeichnung des Staatszweckes, sondern in der Bedeutung von „Verfassungsstaat" zu gebrauchen und bezeichnet damit einen Staat, in welchem die Grenzen der Regierungsgewalt gegenüber den Regierten durch das Gesetz (die Verfassung) genau festgestellt sind. Den Gegensatz hierzu bildet der absolute Staat.

[11]) So genannt, weil die Stadt Manchester den Mittelpunkt der freihändlerischen Bewegung gegen die Kornzölle in England bildete (Antikornzolliga 1839, Cobden). Den Gegensatz gegen das „Manchestertum", welches alles der eigenen Verantwortlichkeit des Einzelnen überläßt, bildet der Katheder sozialismus (so genannt, weil er zuerst von Professoren — Held, Nasse, Schmoller, Adolf Wagner — begründet

c. die Vereinigungstheorie, welche als Zweck des Staats die Entwicklung des Volks in jeder Hinsicht aufstellt, also Schutz nach außen, Rechtsschutz im Innern, Unterstützung der geistigen und wirtschaftlichen Interessen des Volks, jedoch unter Wahrung seiner selbständigen Entwicklung[12]) (Kulturstaat).

δ. Der Inhaber der Staatsgewalt und das Verhältnis der letzteren zu den Staatsangehörigen wird durch die Staatsverfassung bestimmt.

Aristoteles (384—322 v. Chr.) unterscheidet in seiner „Politik“:

a. Monarchie (Herrschaft eines Einzelnen, μόνος),
b. Aristokratie (Herrschaft der Besten, ἄριστοι),
c. Demokratie (Herrschaft des Volks, δῆμος).

Wird die Staatsgewalt nicht im Interesse der Gesamtheit, sondern im selbstsüchtigen Interesse einzelner ausgeübt, so entstehen Ausartungen (παρεκβάσεις) dieser ordnungsmäßigen Staatsformen, nämlich a. Despotie, b. Oligarchie, c. Ochlokratie (Pöbelherrschaft). — Aristoteles erklärt es für eine geschichtliche Notwendigkeit, daß als Staatsformen in einem Kreislaufe: Monarchie, Aristokratie, Oligarchie, Demokratie, Ochlokratie, Tyrannis, Monarchie aufeinander folgen müssen.

Macchiavelli[13]) (1469—1527) teilt die Staaten, je

---

wurde), welcher den Schutz des wirtschaftlich Schwachen durch den Staat für erforderlich erklärt. Staatssozialismus nennt man diejenige nationalökonomische Richtung (Schäffle), welche die Gemeinwirtschaft des Staats und der Kommunen an die Stelle der Privatwirtschaft zu setzen bestrebt ist, aber im Gegensatze zur Sozialdemokratie unter Aufrechterhaltung der Monarchie.

[12]) Ähnlich ist in der Einleitung zur deutschen Reichsverfassung vom 16. April 1871 als Zweck des „Deutschen Reiches“ angegeben: „Schutz des Bundesgebiets und des innerhalb desselben gültigen Rechts, sowie Pflege der Wohlfahrt des deutschen Volkes“.

[13]) Macchiavelli schildert in seinem Hauptwerk „Il principe“ („Der Fürst“, 1514) einen Fürsten, der (wie Cesare Borgia) durch rücksichtsloses Handeln seine Herrschaft begründet. Macchiavellismus nennt man daher eine der sittlichen Grundlage entbehrende Staatskunst. Friedrich der Große schrieb einen „Antimacchiavell“.

nachdem ein Einzelner oder eine Mehrheit herrscht, in Monarchien und Republiken, und letztere in Aristokratien und Demokratien.

Die monarchische Staatsgewalt kann durch Wahl oder durch Erbgang (Thronfolge) übertragen werden (Wahl- und Erbmonarchie). Die in der Gegenwart allein vorkommende Erbmonarchie hat zwei verschiedene Formen: die konstitutionelle und die absolute Monarchie, je nachdem dem Volk eine Teilnahme an der Ausübung der Staatsgewalt verfassungsmäßig [14]) gewährleistet ist oder der Monarch

---

[14]) Ist die Verfassung vom bisherigen Inhaber der Staatsgewalt einseitig gegeben (wie die Preuß. Verfassung vom 5. Dezember 1848), so spricht man von „oktroyierter Verfassung". Haben nur einzelne bevorrechtigte Klassen das Recht der Mitwirkung (wie in Mecklenburg), so ist „Ständische Verfassung" vorhanden, im Gegensatze zur „Repräsentiv-Verfassung", wenn das gesamte Volk durch gewählte Vertreter (Parlament) dieses Recht ausübt. „Parlamentarische Regierung" liegt vor, wenn, wie in England und Belgien, der Schwerpunkt der Regierung bei der Volksvertretung, aus deren jeweiliger Mehrheit das Ministerium zu bilden ist, nicht beim Souverän liegt („roi fainéant"; „le roi règne, mais il ne gouverne pas"). Auch in diesem Falle wird aber der Souverän nicht in die Stellung eines bloßen Präsidenten herabgedrückt. Vielmehr unterscheidet er sich von einem solchen durch seine Unabsetzbarkeit, Unverantwortlichkeit („der König kann nicht Unrecht tun" „the king can do no wrong", spr. rong, unten § 10[3]) und die nicht beschränkte Dauer seiner Herrschaft.

In welcher Weise die Ausübung der Staatsgewalt zwischen dem Monarchen und dem Parlamente geteilt ist, hängt von der Verfassung unter Berücksichtigung der Umstände ab, unter welchen diese entstanden ist. Der Kaiser von Österreich ist Monarch „von Gottes Gnaden" und hat daher beim Inkrafttreten der Verfassung (Diplom vom 20. Oktober 1860) alle diejenigen Befugnisse behalten, welche er nicht aufgegeben hat. — Nach dem StGG. vom 21. Dezember 1867, RGB. Nr. 145, wird das Recht, Gesetze zu geben, abzuändern oder aufzuheben, vom Kaiser nur unter Mitwirkung des Reichsrats oder der Landtage ausgeübt. Auch zur Gültigkeit der Handelsverträge und jener Staatsverträge, die das Reich oder Teile desselben belasten oder einzelne Staatsbürger verpflichten, ist die Zustimmung des Reichsrats erforderlich. Dagegen führt der Kaiser allein den Oberbefehl über die bewaffnete Macht; der Kaiser erklärt Krieg und schließt Frieden; er ernennt und entläßt die Minister; er hat das ausschließliche Begnadigungsrecht, sowie das Recht der Abolition, und übt noch eine Reihe anderer Reservatrechte aus.

die Staatsgewalt allein ausübt (Ludwig XIV.: L'État c'est moi!).

ε. Die Staatsgewalt (in ihrer Tätigkeit **Regierung** genannt) kann in verschiedenen Richtungen ihre Wirksamkeit äußern. Aristoteles teilt in seiner „Politik" die Staatsgewalt nach ihrer Wirksamkeit ein in:

a. τὸ βουλευόμενον (Gesetzgebung),
b. τὸ δίκαζον (Rechtsprechung),
c. τό περὶ τὰς ἀρχάς (Amtsgewalt),

} Trias politica.

Ähnlich unterscheidet Montesquieu (1689—1755, in liv. XI chap. 6 seines 1748 erschienenen Werks „De l'esprit des lois"): a. pouvoir législatif (Gesetzgebung), b. pouvoir de juger (Justiz), c. pouvoir exécutif (Verwaltung) und stellt den (von der neueren Wissenschaft wieder aufgegebenen) Grundsatz auf, daß niemals zwei dieser Gewalten in einer Hand sein dürfen (**Lehre von der Trennung der Gewalten**).[15])

Die Rechte, welche dem Staate zur Erreichung der von ihm zu verfolgenden Zwecke zustehen, heißen **Hoheitsrechte** (Regalia i. w. S.).

### c. Staatenverbindungen.

Wie der einzelne Mensch das Rechtssubjekt des Privatrechts (unten § 34), so ist der einzelne Staat das Rechtssubjekt des Völkerrechts. Der Gemeinschaft der Menschen (der menschlichen Gesellschaft) entspricht die Gemeinschaft der (zivilisierten) Staaten. In gleicher Weise nun wie die menschlichen Individuen, können die Staatenindividuen miteinander in Verbindung treten.

Die Vereinigung mehrerer Rechtssubjekte des Privatrechts kann, wie unten § 37 dargestellt, in den verschiedensten Formen geschehen, welche sich zwischen den Endpunkten

---

[15]) Montesquieus Lehre hat einen entscheidenden Einfluß auf die Verfassungen der Vereinigten Staaten von Amerika (1787), Frankreichs (1791), Belgiens (1831) und damit fast aller Staaten ausgeübt. In Österreich ist die Trennung von Justiz und Verwaltung erst durch Art. 14 des StGG. vom 21. Dezember 1867, RGB. Nr. 144, bewirkt worden.

communio und universitas bewegen. In gleicher Weise können mehrere selbständige Staaten miteinander in eine mehr oder weniger enge Verbindung treten[16]). Eine solche

---

[16]) Zum Begriffe der Staatenverbindung gehören hiernach die folgenden Merkmale:

a. Mehrere selbständige Staaten müssen miteinander in Verbindung stehen. Daraus folgt:

1. Keine Staatenverbindung wird dadurch hervorgebracht, daß ein Staat in einem andern völlig aufgeht (Annexion, Inkorporation, zB. Hannover in Preußen 1866) oder daß sich mehrere Staaten unter Aufgabe ihrer Selbständigkeit zu einem Einheitsstaate zusammenschließen (zB. Vereinigung von Westrom und Ostrom unter Theodosius I. im Jahre 392, unten § 14[1]).

2. Keine Staatenverbindung liegt vor, wenn die verbundenen Staaten nicht einander gleichgeordnet sind, sondern ein Staat zum anderen in einem Unterordnungsverhältnisse steht. Hierher gehört die sog. Halbsouveränität. Hierbei ist ein Staat auf gewissen Gebieten (besonders in der inneren Verwaltung) souverän, auf anderen der Oberherrlichkeit (Suzeränität) eines Oberstaats untergeordnet. Es handelt sich in solchen Fällen meist um ein Übergangsverhältnis von der völligen Abhängigkeit zur vollen Souveränität (so ist Bulgarien seit 1878 halbsouverän, bis dahin war es türkische Provinz) oder umgekehrt (so ist Madagaskar seit 1896 französische Kolonie, bis dahin war es halbsouverän).

Halbsouveräne Staaten sind gegenwärtig Ägypten (1840) und Bulgarien (1878) unter der Türkei; Tunis (1881), Kambodja (1863) und Annam (1874) unter Frankreich; einzelne Staaten in Indien und auf Borneo sowie Zanzibar (seit dem deutsch-englischen Vertrage vom 7. November 1890, durch den Helgoland an Deutschland fiel) unter England; die Chanate Chiwa und Buchara (1873) unter Rußland; die Republik Andorra unter Spanien und Frankreich; Kuba unter den Vereinigten Staaten von Amerika. Dagegen ist Monaco ein völlig unabhängiges Fürstentum. Streitig war das Verhältnis Englands zu der südafrikanischen Republik (Transvaal). Manche (so Liszt) betrachteten Transvaal vor dem letzten, 1902 beendeten Kriege, in welchem England die Burenrepublik annektierte, als völlig souverän, weil England (seit 1884) nur ein Veto hinsichtlich der mit anderen Staaten als dem Oranjefreistaat eingegangenen Staatsverträge hatte. Die Samoainseln wurden durch den Berliner Vertrag vom 14. Juni 1889 (Samoaakte) der gemeinsamen Oberherrlichkeit Deutschlands, Englands und der Vereinigten Staaten unterstellt. Am 2. Dezember 1899 verzichteten England und die Vereinigten Staaten jedoch auf ihre Rechte auf die Inseln Upolu (mit Apia) und Savaii, und diese Inseln wurden sodann durch Kaiserl. Verordn. vom 17. August 1900 zu deutschen Schutzgebieten erklärt.

Verbindung kann entweder rein völkerrechtlicher Natur sein, wenn sie lediglich unter den Grundsätzen des Völker-

---

Keine Halbsouveränität wird dadurch begründet, daß sich ein Staat vertragsmäßig unter die Schutzherrschaft eines anderen begibt („Protectio non involvit subiectionem"). In diesem als Protektorat im ursprünglichen Sinne bezeichneten Verhältnisse steht San Marino seit 1862 zu Italien. Heute wird der Ausdruck Protektorat auch verwendet: zur Bezeichnung der Oberherrlichkeit (so besonders in Frankreich), der Landeshoheit über Kolonien, endlich auch der Rechte innerhalb der „Interessensphäre", d. h. gewisser noch nicht kolonisierter Gebiete, innerhalb welcher das Recht der Aneignung durch Staatsverträge der beteiligten Staaten einem Staat ausschließlich überwiesen ist.

b. Eine Staatenverbindung liegt ferner nur vor, wenn mehrere Staaten — in einer der privatrechtlichen Personenvereinigung ähnlichen Weise (unten § 102) — als Rechtssubjekte zueinander in Verbindung stehen. Von Staatenverbindung spricht man also nicht, wenn die Verbindung nur dadurch hergestellt wird, daß die mehreren Staaten — in einer dem privatrechtlichen Miteigentume vergleichbaren Art, unten § 130 — über ein Gebiet eine gemeinsame gewissermaßen dingliche Herrschaft ausüben (communio pro indiviso).

Derartige der Beherrschung seitens mehrerer Staaten unterworfene Gebiete heißen Kondominate, zB. Schleswig-Holstein und Lauenburg vom Wiener Frieden 1864 bis 1866 (Lauenburg aber nur bis zum Gasteiner Vertrage, 1865), der Minendistrikt von Moresnet unter Belgien und Preußen; nach manchen auch der Bodensee, während andere eine communio pro diviso der Uferstaaten, d. h. Beherrschung durch diese zu räumlich bestimmten Anteilen, annehmen.

Anders als bei dem auf eine Mitberechtigung zu ideellen Teilen gehenden Kondominat ist das Verhältnis mehrerer Staaten, deren einer dem andern gegenüber eine Staatsservitut besitzt. Unter Staatsservituten versteht man das Recht eines Staats, von einem anderen ein Dulden (positive oder affirmative St.), zB. Gewährung eines Hafens, Gestattung der Anlegung einer Eisenbahn, einer Kohlenstation, des Truppendurchmarsches, oder ein Nichttun zu verlangen (negative St.), zB. Neutralisierung gewisser Gebietsteile, insbesondere der internationalen Ströme (Donau bis hinauf zum eisernen Tor) und Kanäle (Suezkanal), Nichtanlegung von Festungen (so im Londoner Vertrage vom 11. Mai 1867: Verbot der Erneuerung des geschleiften Festungswalles von Luxemburg), Nichthalten von Kriegsschiffen (so Montenegro nach dem Berliner Vertrage vom 13. Juli 1878), Beschränkung des stehenden Heeres auf eine bestimmte Mannschaft (Preußen 1807). Man unterscheidet von diesen auf Staatsvertrag beruhenden konventionellen die sog. natürlichen Staatsservituten, die in Wirklichkeit gar keine Servituten sind, sondern aus den sog. allgemeinen Staaten-

rechts steht (zB. Allianzen), oder staatsrechtlicher Natur, wenn die Vereinigung auf Normen beruht, welche dem Verfassungsrechte der beteiligten Staaten angehören.

Wie unten § 37 dargelegt, ist es schon für das Privatrecht vielfach schwierig, die einzelnen zwischen der einfachen Gelegenheitsgesellschaft und der juristischen Person sich findenden Gesellschaftsbildungen (zB. die Genossenschaft, die Gesamthand) unter feststehende Begriffe einzuordnen. In noch höherem Maß ist dies hinsichtlich der Staatenverbindungen der Fall, welche sich stets dem Bedürfnisse des einzelnen Falles anpassen und deshalb der „juristischen Konstruktion", d. h. der Unterbringung unter die Schulbegriffe, die größten Schwierigkeiten entgegensetzen. Immerhin lassen sich gewisse Staatenverbindungen von einem gemeinsamen Grundgedanken aus unter einheitliche Begriffe bringen.

Die hauptsächlichsten Vereinigungsformen sind:

1. Unionen. Ihr Merkmal ist, daß die Verbindung zwischen den beteiligten Staaten in der Gemeinsamkeit des Trägers der Staatsgewalt besteht. Möglich, aber für den Begriff unerheblich, ist, daß die unter dem gleichen Herrscher vereinten Staaten auch sonstige gemeinsame Einrichtungen haben (zB. ein gemeinschaftliches Ministerium oder Heer).

Die Union heißt:

α. Personalunion, wenn die verbundenen Staaten nur zufällig und vorübergehend eine gemeinschaftliche Regierung besitzen, sei es auf Grund einer Wahl (Sachsen-Polen unter August dem Starken, 1697—1706) oder wegen Gleichheit der Thronfolgeordnung (Hannover-England, 1714 bis 1837, Preußen-Neuenburg, 1707—1857), oder aus sonstigen Gründen (zB. weil der Herrscher eines Staats einen neuen gründet, dessen Herrscher er wird, Belgien und der Kongostaat, 1885);

β. Realunion, wenn die Vereinigung mehrerer

---

rechten, besonders aus der Gebietsnachbarschaft folgen (zB. die Pflicht zur Aufnahme der Ströme).

Staaten unter demselben Herrscher durch eine gemeinsame Verfassung angeordnet ist, also notwendig und für die Dauer eintritt (Österreich-Ungarn seit dem Ausgleich 1867, Schweden-Norwegen seit 1815, Koburg-Gotha seit 1852).

2. Konföderationen (Verbände). Bei ihnen geschieht durch gemeinsame Staatseinrichtungen die Zusammenfassung der mehreren Staaten zu einem politischen Gemeinwesen. Unter derartigen Verbänden unterscheidet man:

α. den Staatenbund. Hierbei vereinigen sich mehrere Staaten (nach Art der privatrechtlichen societas, unten § 102) unter völliger Wahrung ihrer Souveränität zur gemeinsamen Ausübung gewisser Herrschaftsrechte (so der Deutsche Bund, 1815—1866);

β. den Bundesstaat. Hierbei vereinigen sich mehrere Staaten (nach Art der privatrechtlichen universitas, unten § 37) dergestalt, daß sie ein neues Staatswesen über sich schaffen, auf das sie einen Teil ihrer Hoheitsrechte übertragen und als dessen Glieder sie nunmehr erscheinen (so der Norddeutsche Bund und das heutige Deutsche Reich, dessen Verfassung freilich die Bundesglieder „Bundesstaaten" nennt).[17])

### d. Einteilung der Rechtsnormen.

Die Rechtsnormen (das objektive Recht) eines Staats werden von verschiedenen Gesichtspunkten aus eingeteilt.

---

[17]) Als völkerrechtliches Rechtssubjekt kommen in Betracht:
a. bei der Personalunion nur die einzelnen Staaten;
b. beim Staatenbunde ebenfalls nur die Einzelstaaten, daneben aber auch der Staatenbund selbst bei diesbezüglicher Vereinbarung (so hatte zB. der Deutsche Bund als solcher das ius foederum et legationum);
c. beim Bundesstaat nur dieser, daneben die Einzelstaaten nach Maßgabe der Verfassung (zB. haben im heutigen Deutschen Reiche die Einzelstaaten das ius legationum und auch das ius foederum, soweit nicht das Reich zuständig ist);
d. bei der Realunion nur diese, nicht die Einzelstaaten.

1. Nach den Rechtsquellen (d. h. den Begründungsformen des Rechts)[18]) unterscheidet man, abgesehen von dem als besondere Rechtsquelle bestrittenen Gerichtsgebrauch (vgl. S. 17): Gesetz und Gewohnheitsrecht.

*a.* Gesetz im weiteren Sinn ist die von den verfassungsmäßig berufenen Organen des Staats aufgestellte und kundgemachte Satzung.

Im Gesetze sind zwei Bestandteile enthalten:

der Gesetzesinhalt (praeceptum legis, d. h. die im Gesetz ausgesprochene Rechtsregel) und

der Gesetzesbefehl (sanctio legis, d. h. die Ausstattung des Gesetzesinhalts mit rechtsverbindlicher Kraft).

Unterarten der staatlichen Rechtssatzung — d. h. des Gesetzes i. w. S. — sind: Gesetz im engeren Sinn und Verordnung.

Gesetz und Verordnung unterscheiden sich zunächst materiell dadurch, daß man als „Gesetz" eine staatliche Satzung bezeichnet, welche neue Rechtsgrundsätze aufstellt, dagegen „Verordnung" eine solche Satzung nennt, welche ohne Änderung der bisherigen Rechtsgrundlagen nur zwecks Ausführung (Ausführungsverordnung) oder Anwendung (Verwaltungsverordnung) des bereits vorhandenen Rechts erlassen wird.

Neben diesem materiellen Unterschiede zwischen Gesetz und Verordnung ist im konstitutionellen Staate noch ein formeller Unterschied vorhanden.

Während nämlich der Gesetzesbefehl sowohl im absoluten als im konstitutionellen Staate vom Staatsoberhaupt bezw. in seinem Namen allein erlassen wird (vgl. StGG. vom 21. Dezember 1867, RGB. Nr. 145, Art. 10), ist die Feststellung des Inhalts des Gesetzes (i. e. S.) im konstitutionellen Staate dem Träger der Souveränität gemeinsam mit der Volksvertretung übertragen (vgl. StGG. vom 21. Dezember 1867, RGB. Nr. 141, § 13). Gesetze

---

[18]) In anderem Sinne versteht man unter Rechtsquellen die Erscheinungsformen, die Aufzeichnungen des Rechts (vgl. unten §§ 15 ff.).

im formellen Sinne sind nun solche Anordnungen, welche verfassungsmäßig unter Mitwirkung der Volksvertretung erlassen sind. Verordnungen im formellen Sinne dagegen sind solche Festsetzungen, welche durch das Staatsoberhaupt allein getroffen worden sind.

Nach den Verfassungen[19]) der modernen konstitutionellen Staaten werden zwar regelmäßig Vorschriften, welche materiell den Charakter von Gesetzen haben (d. h. neues Recht schaffen), auch durch formelle Gesetze erledigt, während umgekehrt Bestimmungen, welche sich materiell als Verordnungen darstellen, regelmäßig im Verordnungswege getroffen werden können. Es gibt aber einesteils in allen Verfassungen Vorschriften, welche für gewisse Festsetzungen, die materiell nur Verordnungen sind, ein formelles Gesetz (d. h. Mitwirkung der Volksvertretung) verlangen, zB. in § 11 c StGG. vom 21. Dezember 1867, RGB. Nr. 141. Anderseits wird unter gewissen Voraussetzungen der Erlaß materieller Gesetze im Wege einer formellen Verordnung zugelassen, zB. § 14 des zuletzt zitierten StGG., sog. Notstandsverordnungen. Auch organisatorische Verordnungen zur Regelung der Organisation der Behörden und ihrer Befugnisse und Ergänzungsverordnungen, die das Gesetz (sog. Blankettgesetz) zu seiner Ergänzung ausdrücklich vorbehält (vgl. StGG. vom 21. Dezember 1867, RGB. Nr. 145, Art. 11), sind materielle Gesetze.

---

[19]) Die österreichische Verfassung beruht auf einer Reihe von Gesetzen den sog. Staatsgrundgesetzen vom 21. Dezember 1867 (RGB. Nr. 141 bis 145 und zwar: RGB. 141: betreffend die Abänderung des Grundgesetzes über die Reichsvertretung; 142: über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger; 143: über die Einsetzung eines Reichsgerichtes; 144: über die richterliche Gewalt; 145: über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt), ferner auf den als Bestandteile des StGG. über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger erklärten Ges. vom 27. Oktober 1862 (und zwar: RGB. Nr. 87 „Ges. zum Schutze der persönlichen Freiheit", Nr. 88 „Ges. zum Schutze des Hausrechts") endlich den Ges. vom 2. April 1873, RGB. Nr. 40, vom 4. Oktober 1882, RGB. Nr. 142, vom 12. November 1886, RGB. Nr. 162, und 14. Juni 1896, RGB. Nr. 16, betreffend die Änderung der Reichsratswahlordnung.

Ob eine staatliche Anordnung ein (formelles) Gesetz oder eine (formelle) Verordnung ist, ergibt die Verkündungsformel; denn bei formellen Gesetzen wird die Mitwirkung der Volksvertretung im Eingang erwähnt. In welchen Fällen aber eine Satzung durch (formelles) Gesetz getroffen werden muß, und wann eine (formelle) Verordnung genügt, richtet sich nach der Verfassung der einzelnen Staaten. Hat also ein österreichischer Richter eine (formelle) Verordnung anzuwenden, so muß er prüfen, ob das in der Verordnung geregelte Rechtsgebiet verfassungsmäßig nicht etwa nur durch ein formelles Gesetz geordnet werden durfte. Art. 7 des StGG. über die richterliche Gewalt vom 21. Dezember 1867, RGB. Nr. 144, bestimmt diesfalls: die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten nicht zu; dagegen haben die Gerichte über die Gültigkeit von Verordnungen im gesetzlichen Instanzenzuge zu entscheiden.

Die Gesetzgebung wird regelmäßig vom Staat ausgeübt. Sie kann von dem Staat aber auch kleineren in ihm bestehenden Gemeinwesen (Kommunen, Familien) für deren Kreise überlassen sein. Die diesen engeren Kreisen zustehende Befugnis, objektives Recht zu schaffen, heißt Autonomie.

β. Das Gewohnheitsrecht umfaßt solche Rechtssätze, welche nicht vom Gesetzgeber festgestellt sind, sondern deswegen als Recht angewandt werden, weil sie durch dauernde und gleichförmige Übung als solches anerkannt sind, entweder durch die Volksübung (Volksrecht) oder durch die Übung der zur Rechtsanwendung berufenen Personen (Juristenrecht, Gerichtsgebrauch). Das Gewohnheitsrecht beruht also auf der dauernden Anwendung eines Grundsatzes als eines Rechtssatzes. Erfolgt eine gleichförmige Anwendung eines Grundsatzes ohne die Anschauung, damit einen Rechtsgrundsatz anzuwenden („ohne die opinio iuris sive necessitatis"), so kann sich kein Gewohnheitsrecht, sondern nur ein Geschäftsgebrauch, eine Usance feststellen. Während das Gewohnheitsrecht objektives Recht ist, kann die Usance nur als Auslegungsmittel zur Fest-

stellung der Bedeutung einer Willenserklärung in Betracht kommen[20]).

Die Frage nach dem Verhältnisse des Gewohnheitsrechts zum Gesetzesrecht, insbesondere danach, ob das erste nur ergänzend eintrete, oder sogar imstande sei, ein Gesetz zu verdrängen, ob es nur „praeter legem" oder auch „contra legem" gelte, ist zu den verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet worden. Während die historische Schule (Puchta) dem Gewohnheitsrechte die überwiegende Bedeutung zuwies, verhalten sich die neueren Gesetzgebungen ihm abgeneigt[21]).

Observanz nennt man dasjenige Gewohnheitsrecht, welches sich in einem der Autonomie teilhaftigen Kreise bildet (so besonders im hohen Adel).

Das Gesetz ist meist geschrieben (ius scriptum), das Gewohnheitsrecht meist ungeschrieben (ius non scriptum).

---

[20]) Gewohnheitsrechte bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gerichte unbekannt sind (CPO. § 271). Faktische Gewohnheiten oder Usancen müssen dagegen in der Regel gerichtsordnungsmäßig erwiesen werden. Nur die bei Ausübung der Handels-, See- und Berggerichtsbarkeit in Frage kommenden geschäftlichen Gebräuche kann das Gericht gemäß CPO. § 364 ohne Zuziehung von Sachverständigen entscheiden, wenn die eigene Fachkunde oder das eigene Wissen der Richter diese Zuziehung überflüssig macht.

[21]) In den römischen Quellen finden sich bezüglich der Frage der „derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechts" zwei sich anscheinend widersprechende Entscheidungen. Salvius Julianus bejaht diese Frage in D. 1, 3, 32, 1: Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. Dagegen verordnet Konstantin in C. 8, 53, 2: Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est; verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem. Diese Antinomie pflegt man dahin zu erklären, daß Konstantin partikulären Gewohnheiten derogatorische Kraft gegenüber allgemeinen Gesetzen absprechen wollte (Savigny).

Nach ABGB. § 10 kann auf ein Gewohnheitsrecht in den Fällen, in denen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden; dies ist nur im Handelsrechte (HGB. Art. 1), und bei Ausübung der Konsulargerichtsbarkeit in der Levante der Fall (vgl. Unger, System I, 33 ff.).

Es gibt jedoch auch ungeschriebene Gesetze, zB. die Komitialbeschlüsse (unten § 16), und anderseits geschriebenes Gewohnheitsrecht, zB. das Corpus iuris civilis in seiner Geltung in Deutschland.

2. Nach ihrem Ursprunge teilen die Römer die in einem Staate geltenden Rechtssätze in ius civile und ius gentium [22]):

α. Ius civile umfaßt diejenigen Sätze, welche dem Recht eines bestimmten Volks eigentümlich sind;

β. ius gentium umfaßt die Rechtsnormen, welche als vernunftgemäß überall zur Geltung gelangt sind.

In einem anderen Sinne faßt man in der Römischen Rechtsgeschichte (vgl. unten § 31) das ius civile i. e. S. (d. h. das auf römischem Volksgesetze beruhende, eigentümlich römische Recht) und das gewohnheitsrechtlich vom Volke (nicht durch Vermittlung des Prätors) aufgenommene Fremdenrecht, ius gentium, als ius civile i. w. S. zusammen und stellt dieses dem ius honorarium, dem vom Prätor geschaffenen Rechte, gegenüber. Ius honorarium ist also nicht mit ius gentium gleichbedeutend, wenn es auch überwiegend auf letzterem beruht; doch ist zB. der Formularprozeß (unten § 32 b) eine originale Schöpfung des römischen praetor peregrinus.

Endlich bedeutet ius civile auch soviel wie ius privatum (Gegensatz: ius publicum, S. 23) oder — im Gegensatze zum ius canonicum — das vom Staat erzeugte („doctor iuris utriusque tam civilis quam canonici").

γ. Die römischen Juristen sprechen zuweilen auch noch von ius naturale. Mit diesem Begriffe wird jedoch verschiedenes bezeichnet:

---

[22]) I. 1, 2, 1 (= D. 1, 1, 9, Anfangsstelle von Gaius, Institutionen, unten § 20 II e): Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.

a. Der Vernunft entsprechendes Recht. So aufgefaßt würde das ius naturale sich mit dem ius gentium decken.

b. Das Recht, das im Wesen und in der Natur der Menschen begründet ist. In dieser Auffassung stimmt das ius naturale mit dem ius gentium nicht unbedingt überein; zB. wurde in Rom die Sklaverei als Rechtseinrichtung des ius gentium anerkannt (unten § 35 b), während nach ius naturale alle Menschen frei sind.

c. Die Naturtriebe, welche allen Lebewesen gemeinsam sind, quod natura omnia animalia docuit, zB. der Geschlechtstrieb (D. 1, 1, 1, 3).

Gegenwärtig versteht man unter Naturrecht (Vernunftrecht) den Inbegriff von Rechtsgrundsätzen, welche durch eine genaue und in die Tiefe eindringende Erkenntnis als die der „Natur der Sache" (d. h. dem Wesen und der Bedeutung der zu beurteilenden Lebensverhältnisse) entsprechenden festgestellt werden. Die Wissenschaft von den vernünftigen Grundlagen des Rechts ist Gegenstand der Rechtsphilosophie. Im 17. und 18. Jahrhundert versuchte eine besondere wissenschaftliche Richtung, die sog. naturrechtliche Schule, ein lediglich auf der Vernunft und der Natur der Sache beruhendes und daher von Ort und Zeit unabhängiges Recht zu schaffen. Dieser Versuch mußte scheitern, da die Lebensverhältnisse in fortwährendem Wechsel begriffen und nur im Zusammenhange mit den örtlichen Verhältnissen und ihrem Entwicklungsgange ganz verständlich und richtig zu beurteilen sind. In neuerer Zeit und insbesondere unter dem Einflusse der historischen Schule (besonders Savigny, 1779—1861) ist der Grundgedanke der naturrechtlichen Schule daher verworfen worden. Dagegen hat das Naturrecht in dem eingangs erwähnten Sinn eines das Wesen und die wahre Natur der Lebensverhältnisse zur Geltung bringenden Rechts auch heute noch seine Bedeutung. Dem Naturrecht in diesem Sinn als dem Recht, „wie es sein sollte", gegenüber heißt das in einem bestimmten Staate zurzeit wirklich geltende Recht „positives Recht". Die aus dem positiven Rechte sich ergebenden Sätze sind für den Richter bindend, selbst wenn

ihre Anwendung, weil sie infolge einer seit ihrer Schaffung eingetretenen Änderung der Lebensverhältnisse der Natur der Sache nicht mehr entsprechen, zu einer Härte führen sollte („Fiat iustitia, pereat mundus", angeblich Wahlspruch Kaiser Ferdinands I.; „Summum ius, summa iniuria", Cicero, De officiis). Bei einem derartigen Widerspruche zwischen der Rechtsüberzeugung und dem positiven Recht ist es dann Sache der zur Rechtserzeugung berufenen Faktoren (Regierung, Parlament), die Änderung des positiven Rechts herbeizuführen. Die zur Rechtsanwendung berufenen Organe (die Gerichte) haben das bestehende Recht (die „lex lata") anzuwenden und sind nur befugt, „de lege ferenda" darauf hinzuweisen, daß es den Lebensverhältnissen nicht mehr gerecht wird.

Einen anderen Gegensatz zum positiven Recht als das Naturrecht in dem eben dargelegten Sinne bildet das Billigkeitsrecht (ius aequum). Der Gesetzgeber kann selbst bei größter Ausführlichkeit nur allgemeine und die Normalfälle regelnde Grundsätze aufstellen. Dabei kann es vorkommen, daß die Anwendung dieser Rechtsgrundsätze in einem einzelnen Fall eine unbillige Härte darstellt. Wenn zB. StGB. § 460 bestimmt, daß auch ein geringfügiger Diebstahl mit Arrest bestraft wird, so widerstrebt es dem Rechtsgefühle, diese Strafe auf eine Mutter anzuwenden, die einige Kohlen stiehlt, um ihr Kind vor dem Erfrieren zu schützen. Der Richter ist nun aber ebensowenig berechtigt, das positive Recht (im Gegensatze zu dem ius aequum: ius strictum oder asperum genannt) aus anscheinenden Billigkeitsgründen außer Anwendung zu lassen, als er befugt ist, dies wegen angeblichen Widerspruchs gegen die Natur der Sache zu tun. Denn „Recht muß Recht bleiben"; der Richter ist zur Anwendung des geltenden Rechts berufen und er darf sich zu allerletzt über das bestehende Recht, das die Grundlage seiner Autorität bildet, hinwegsetzen. In zahlreichen Fällen gibt ihm jedoch das Recht selbst die Mittel in die Hand, um der aequitas dem ius strictum gegenüber zum Siege zu verhelfen. Zunächst wird es sich in Fällen, in denen eine starre Anwendung des Rechts eine dem Rechts-

gefühle widersprechende Unbilligkeit sein würde, fragen, ob man im Wege der Auslegung des anzuwendenden Rechtssatzes (S. 29) nicht zu dem Ergebnisse kommt, daß diese Anwendung der Absicht des Gesetzes nicht entspricht. Je gebildeter, unabhängiger und weitsichtiger der Richterstand ist, desto mehr wird ferner der Gesetzgeber geneigt sein, dem Richter die billige Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles dadurch zu ermöglichen, daß er nur die leitenden Grundsätze aufstellt und so nur einen Rahmen schafft, innerhalb dessen der Richter freie Hand hat[23]). Auf dem Gebiete des Strafrechts endlich werden Rechtsunbilligkeiten vielfach dadurch ausgeglichen, daß dem Staatsoberhaupt oder anderen Organen[24]) die Befugnis zum Erlasse von Strafen im Gnadenwege gewährt wird.

---

[23]) Wie später darzulegen ist, ist sowohl das römische (ius civile, unten § 31), als das deutsche Recht von der alleinigen Herrschaft des ius strictum ausgegangen. Erst eine vorgeschrittene Rechtsentwicklung hat die „freie Beurteilung der Umstände des einzelnen Falls", also das ius aequum zugelassen. In Rom geschah dies durch die Aufnahme des ius gentium (unten § 31) und durch die Jurisdiktion der Prätoren (unten § 19). Ein vortreffliches Beispiel dafür, wie die Prätoren innerhalb der ihnen durch das Gesetz angewiesenen Zuständigkeit das ius strictum, soweit es unbillig erschien, beseitigten, gibt die Geschichte der exceptio doli generalis (unten § 60 b 1) und ihrer Anwendungsfälle, so zB. der exceptio rei venditae et traditae (unten § 118 b), der Kompensation (unten § 79 a) und der Retention (unten § 70 b 1).

Das moderne Recht hat bei der Vielgestaltigkeit des heutigen Verkehrslebens den Richter noch freier stellen müssen. Das zeigt sich zB. auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts in der Berücksichtigung der Billigkeit (vgl. ABGB. §§ 500, 904, 1310), im Prozeß in der Beseitigung fast aller den Richter bindenden Beweisregeln (Prinzip der freien Beweiswürdigung, CPO. § 272, StPO. §§ 258, 326), im Strafrecht in der Beseitigung fast aller absoluten Strafen (einzig die Todesstrafe ist absolut angedroht, StGB. § 52) unter Bestimmung eines Höchst- und Mindestmaßes, wodurch ein Rahmen geschaffen wird, innerhalb dessen das urteilende Gericht die den Umständen des einzelnen Falls angemessene Strafe festzusetzen hat; hierauf beruht auch das Institut des außerordentlichen Milderungsrechtes.

[24]) In Frankreich hat auf Grund einer Loi Bérenger (1891) der das Urteil fällende Richter die Befugnis, einem erstmalig Verurteilten die Strafe unter der Bedingung zu erlassen, daß er sich bis zu einer bestimmten Zeit gut führen sollte. In Österreich ist dies

3. Nach dem Gegenstand, auf welchen die Rechtsnormen sich beziehen, unterscheidet man öffentliches und privates (bürgerliches) Recht[25]).

α. Das öffentliche Recht umfaßt hiernach diejenigen Normen, welche den Staat als solchen sowie seine Beziehungen zu den Staatsangehörigen und zu anderen Staaten betreffen. Nach moderner Auffassung gehören zum öffentlichen Recht oder Staatsrecht i. w. S. die folgenden Rechtsgebiete (Materien).

a. Das Staatsrecht (i. e. S.) ist der Inbegriff der Rechtsnormen, welche bestimmen: einmal den Träger, den Umfang und die Organe der Staatsgewalt (Verfassungsrecht), anderseits die Art und Weise der Ausübung der Staatsgewalt (Verwaltungs- oder Regierungsrecht). Man unterscheidet allgemeines und besonderes Staatsrecht, je nachdem man Wesen und Zweck des Staats überhaupt entwickelt oder die Verhältnisse eines bestimmten Staats berücksichtigt.

b. Das Strafrecht umfaßt die Grundsätze darüber, welche Handlungen als strafbare Verletzungen der Rechtsordnung anzusehen und wie diese Verletzungen zu sühnen sind.

---

Institut der dem Richter überlassenen sog. „bedingten Verurteilung" nicht eingeführt, vielmehr steht hier nur dem Kaiser die Begnadigung zu (StGG. vom 21. Dezember 1867, RGB. § 144 Art. 13 und StPO. § 411); wohl aber hat das Urteilsgericht zufolge der JMVdg. vom 25. November 1902 die Pflicht und das Recht, jede Verurteilung „Jugendlicher", insbesondere eines noch nicht 14 Jahr alten (StGB. §§ 2 d, 237, 269) daraufhin zu prüfen, ob eine Begnadigung angebracht sei, und gegebenen Falls die vorläufige Strafaussetzung zu verfügen und den Gnadenantrag im Wege des Justizministeriums an den Kaiser zu leiten. Die Begnadigung selbst erfolgt nämlich auch in solchen Fällen stets durch den Kaiser, und zwar unbedingt ohne Auferlegung einer Bewährungsfrist.

Von der eben erwähnten „bedingten Strafaussetzung" zwecks späterer Begnadigung zu unterscheiden ist die im § 401 StPO. der Strafvollstreckungsbehörde gewährte Befugnis, aus Billigkeitsgründen dem Verurteilten Strafaufschub zu gewähren.

[25]) D. 1, 1, 1, 2: Huius studii duae sunt positiones: publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem.

c. Das Prozeßrecht gibt zunächst an, welche staatlichen Organe bei der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung mitzuwirken haben (Gerichtsverfassungsrecht).

Die staatlichen Gerichte sind einerseits dazu berufen, eingetretene Störungen der Rechtsordnung auszugleichen (sog. iurisdictio contentiosa, streitige Gerichtsbarkeit), anderseits aber auch dazu eingesetzt, zwecks Vermeidung künftiger Rechtsverletzungen bei Begründung, Veränderung und Aufhebung von Rechtsverhältnissen und bei Erfüllung einzelner staatlicher Aufgaben (Beurkundung und Beglaubigung, Vormundschaftswesen, Grundbuch- und Registerwesen usw.) mitzuwirken (sog. iurisdictio voluntaria, freiwillige Gerichtsbarkeit).

Das Strafprozeßrecht umfaßt die Grundsätze über das Verfahren zur Ahndung von Rechtsverletzungen strafrechtlicher Natur; das Civilprozeßrecht enthält die Normen über das Verfahren zur Beseitigung von Rechtsverletzungen civilrechtlicher Natur.

d. Das Kirchenrecht regelt die Verhältnisse der im Staate bestehenden religiösen Gemeinschaften und die Beziehungen der letzteren zum Staate.

e. Das Völkerrecht (ius inter gentes, nicht ius gentium, vgl. S. 19, Staatenrecht, droit international public) umfaßt die Grundsätze, welche die Beziehungen mehrerer selbständiger Staaten zueinander regeln.

β. Das Privatrecht („bürgerliche Recht") bestimmt die Rechtsverhältnisse der Menschen als einzelner[26]).

4. Nach ihrer Wirkung zerfallen die Rechtsnormen in zwingende und nichtzwingende.

---

[26]) Die Grenze zwischen öffentlichem und Privatrecht ist keine feste, ein für alle mal bestimmte; häufig ist es lediglich eine Frage der Rechtspolitik (S. 26), ob gewisse Verhältnisse auf der Grundlage des öffentlichen oder des bürgerlichen Rechts zu regeln sind; man denke zB. an die obligatorische Arbeiterversicherung (Unfallversicherungsgesetz vom 28. Dezember 1887 und Krankenversicherungsgesetz vom 30. März 1888). Viele Spezialrechtsgebiete, so das Handels-, See-, Gewerbe-, Versicherungsrecht, enthalten teils öffentlich-rechtliche, teils privatrechtliche Vorschriften.

*α.* **Zwingendes Recht** (ius cogens) bezeichnet diejenigen Rechtssätze, welche der Abänderung durch die Privatwillkür der Beteiligten entzogen sind. Dieselben können ein Gebot oder Verbot aussprechen. Nach den Folgen der Übertretung eines zwingenden Verbotsgesetzes unterscheidet man: leges perfectae (Nichtigkeit der Handlung, zB. ABGB. §§ 879, 1259, 1371, 1372: Nichtigkeit formwidriger Rechtsgeschäfte), plus quam perfectae (Nichtigkeit und Strafe, zB. Ges. vom 28. Mai 1881, RGB. Nr. 47, §§ 1 und 8: Wuchergeschäfte), minus quam perfectae (Strafe, aber keine Nichtigkeit, zB. ABGB. § 121), imperfectae (weder Nichtigkeit noch Strafe, sondern unter Umständen anderweitige Folgen, zB. ABGB. §§ 177, 400, 1174. Vgl. unten § 16 b 3).[27])

*β.* **Nichtzwingendes Recht** (ius dispositivum) kommt nur mangels einer anderweitigen Festsetzung seitens der Beteiligten zur Anwendung, ist also einer Abänderung durch die Privatwillkür unterworfen.

In der Regel ist das öffentliche Recht ius cogens, das private ius dispositivum (D. 2, 14, 38: ius publicum privatorum pactis mutari non potest). Vielfach sind jedoch Sätze des ius publicum der Abänderung durch den Parteiwillen unterworfen (zB. im Civilprozesse bei der zulässigen Vereinbarung über den Gerichtsstand, prorogatio fori, JN. § 104). Anderseits sind viele Normen des Privatrechts (zB. die Formvorschriften) ius cogens. Da das ius cogens unbedingt zur Anwendung kommt, so nennt man es auch **absolutes Recht**, das ius dispositivum dagegen, da es nur ergänzend eintritt, **suppletorisches Recht**.

5. Nach ihrer **sachlichen Geltung** teilt man die Rechtsnormen in ius generale und ius speciale.

---

[27]) Auch die Übertretung eines zwingenden Gebotsgesetzes zieht nachteilige Folgen nach sich, so zB. die Übertretung der im ABGB. § 389 ausgesprochenen Verpflichtung zur Anzeige eines Fundes den Verlust des Finderlohnes (ABGB. § 393), die Nichtbeobachtung der Vorschriften betreffend das Eheaufgebot angemessene Strafe (ABGB. § 74).

*α.* Ius generale (gemeingültiges Recht) ist das den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechende Recht. Die Rechtspolitik (d. h. die Lehre von der zweckmäßigsten Gestaltung des Rechts) führt mitunter dahin, für gewisse Gattungen von Personen, Sachen oder Verhältnissen besondere Grundsätze anzuerkennen. Das ius generale scheidet sich sonach in ius commune (regelmäßiges Recht) und ius singulare oder privilegium (im objektiven Sinne — von privus, einzeln und lex — regelwidriges Recht). [28])

Das privilegium kann die betroffene Gattung günstiger (privilegium favorabile, beneficium iuris) oder ungünstiger (privilegium odiosum) stellen als die übrigen Gattungen. Ein privilegium personae ist zB. die Erleichterung der Errichtung von Testamenten seitens der Soldaten (ABGB. § 600 und § 101 der mit E. vom 20. Juni 1886 genehmigten 2. Auflage des Dienstreglements für das k. und k. Heer vom 9. August 1873), ein privilegium rei die Steuerfreiheit gewisser Arten von Grundstücken, ein privilegium causae die bevorzugte Befriedigung gewisser Forderungen im Konkurse (KO. § 43).

*β.* Ius speciale (lex specialis) ist eine Rechtsnorm, welche für eine einzelne Person oder Sache oder für ein einzelnes Verhältnis ein Ausnahmerecht festsetzt, während das ius singulare zwar regelwidriges, aber für ganze Klassen geltendes, also insoweit gemeingültiges Recht ist. Das auf ein ius speciale sich stützende subjektive Recht, zB. das einem Unternehmer gewährte Enteignungsrecht, heißt privilegium im subjektiven Sinne.

6. Nach der örtlichen Geltung der Rechtsnormen (dem Geltungsgebiet) unterscheidet man gemeines, allgemeines und partikuläres Recht.

*α.* Gemeines und partikuläres Recht. In einem Staate können Rechtsnormen bestehen, deren Geltungsgebiet

---

[28]) D. 1, 3, 16: Ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

sich mit dem Staatsgebiete deckt. Die Geltung gewisser Rechtsnormen kann anderseits auf einen Teil des Gebiets beschränkt sein. Hiernach kann man die Rechtsnormen einteilen in solche, welche dem ganzen Staate gemein sind (gemeines Recht, ius commune in diesem Sinne), und in solche, welche nur in einem Staatsteile gelten (partikuläres Recht, ius particulare).

Tritt eine partikuläre Rechtsnorm in Gegensatz zu einem Satze des gemeinen Rechts, so hängt es von der Rechtsverfassung des Staats ab, ob das gemeine das partikuläre Recht beseitigt: dann spricht man von absolut-gemeinem Rechte, diese Wirkung haben zB. die Gesetze des heutigen Deutschen Reichs; oder ob die partikuläre die gemeine Rechtsnorm ausschließt (subsidiär-gemeines Recht): dies war bezüglich der Gesetze des ehemaligen Deutschen Reichs der Fall.

β. Gemeines und allgemeines Recht. Rechtsnormen können auch über das Gebiet eines Staats hinaus Geltung haben (wie zB. die Sätze des ius gentium). Dann sind die Rechtsnormen zwar auch den betreffenden Staaten „gemein", ihre gleichförmige Geltung beruht aber auf einer nur zufälligen Übereinstimmung der Rechtsentwicklung, während das in allen Teilen eines Staats gleichförmig geltende Recht derselben Rechtsquelle (Gesetz oder Gewohnheit) seine Geltung verdankt. Das mehreren Staaten gemeinsame Recht nennt man daher „allgemeines" oder (nur) „materiell-gemeines Recht"; das in allen Teilen eines Staats geltende, einer einheitlichen Rechtsquelle entsprungene Recht „gemeines" oder (materiell- und) „formell-gemeines Recht".

Das „gemeine Recht" wird dadurch seines Wesens nicht entkleidet, daß das Staatsgebiet, für welches es als (formell-) gemeines Recht geschaffen war, geteilt wird; daher blieb das gemeine Recht des ehemaligen Deutschen Reichs auch nach dessen Auflösung im Jahre 1806 gemeines Recht der Einzelstaaten. Anderseits wird das ursprünglich für mehrere Staaten gemeinsame „allgemeine Recht" nicht dadurch zum (formell-) „gemeinen", daß die

mehreren Staaten später zu einem Staate zusammengefügt sind[29]).

e. Anwendung der Rechtsnormen.

Der Richter, welcher eine Rechtsnorm anwenden, d. h. einen Rechtsfall (quaestio facti) einem Rechtssatz (quaestio iuris i. e. S.) unterstellen will, hat zunächst festzustellen, ob die Norm in einer der Rechtsverfassung des Staats entsprechenden Weise entstanden ist (S. 15); bei einem Gesetz also, daß es von den gesetzgebenden Faktoren erlassen und gehörig verkündet ist, bei einem Satze des Gewohnheitsrechts, daß die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen ein Gewohnheitsrecht sich hat bilden müssen (vgl. S. 17).

Die Feststellung des Vorhandenseins einer Rechtsnorm heißt Kritik, und zwar nennt man die Bestimmung der Echtheit (Authentizität) einer Rechtsnorm überhaupt höhere oder diplomatische Kritik, die Feststellung der einzelnen Worte derselben niedere oder Text-Kritik. Sind mehrere Lesarten überliefert, deren eine als maßgebend anerkannt wird, so spricht man von wählender Kritik im Gegensatze zur Konjektural-Kritik, wenn man die überlieferte Lesart durch eine selbstgeschaffene, einen besseren Sinn gewährende, ersetzt. Interpolation nennt man die durch Einschiebung von Worten oder Sätzen bewirkte Textveränderung.

Stehen das Vorhandensein und der Text der Rechtsnorm fest, so hat der Richter ihren Inhalt und ihre Tragweite zu bestimmen. Diese Ermittlung der Bedeutung der Rechtsnorm heißt Auslegung (Interpretation). Die Wissenschaft der Auslegung nennt man juristische Hermeneutik (ἑρμηνεύειν = dolmetschen).

---

[29]) Die zB. des Deutschen Bundes entstandene „Allgemeine Deutsche Wechselordnung", die „Nürnberger Novellen", und das „Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch" sind daher nach Errichtung des Norddeutschen Bundes durch das Gesetz vom 5. Juni 1869 ausdrücklich zu Gesetzen desselben und später durch § 2 des Gesetzes vom 16. April 1871 „betreffend die Verfassung des Deutschen Reichs" zu Reichsgesetzen erklärt worden und erst damit zu formell-gemeinem Rechte des Deutschen Reichs geworden.

Die Auslegung einer Rechtsnorm kann erfolgen:

1. entweder durch eine spätere Rechtsnorm, authentische Interpretation, und zwar:

α. durch ein Gesetz, Legalinterpretation, oder

β. durch Gewohnheitsrecht, Usualinterpretation;

2. oder durch die Wissenschaft, doktrinelle Interpretation, welche wieder sein kann:

α. grammatische, wenn aus dem sprachlichen Gebrauche der Worte und dem Satzgefüge auf den Inhalt der Rechtsnorm geschlossen wird, oder

β. logische, wenn die Bedeutung der Rechtsnorm aus dem Zwecke derselben (ratio legis), ihrer unmittelbaren äußeren Veranlassung (occasio legis), dem Rechtszustande zur Zeit ihrer Feststellung und den Vorgängen bei der letzteren (zB. Vorberatungen der gesetzgebenden Faktoren)[30]) bestimmt wird.

Ist das Ergebnis der logischen Auslegung, daß die Rechtsnorm hat weiter greifen sollen, als ihre Worte besagen, so spricht man von extensiver Interpretation im Gegensatze zur restriktiven Interpretation, wenn das Anwendungsgebiet der Rechtsnorm enger ist, als man aus den Worten schließen würde[31]).

---

[30]) Jedoch ist dieses Auslegungsmittel mit Vorsicht zu benutzen, da es nicht auf das ankommt, was eine der bei der Entstehung des Gesetzes beteiligten Personen gewollt und geäußert hat, sondern auf das, was Gesetz geworden ist.

[31]) Das ältere römische und deutsche Recht hing an der Buchstabeninterpretation. Aber bereits Celsus (§ 20 II b 1) nahm einen freieren Standpunkt ein; D. 1, 3, 17: Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. Bezüglich der Interpretation der Rechtsnormen bestimmt ABGB. § 6, daß einem Gesetze in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden darf, „als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet". Auch bei Privatwillenserklärungen, die nach dem ABGB. zu beurteilen sind, haben diese Auslegungsregeln des § 6 ABGB. zu gelten. Insbesondere soll ein zweifelhafter Vertrag so erklärt werden, daß er keinen Widerspruch enthalte und von Wirkung sei (ABGB. § 914 vgl. auch §§ 915, 916, 484, 614, 655 ff.). Der Grundsatz freier Erforschung des von dem Erklärenden Gewollten

Einen anderen Gegensatz zur extensiven Interpretation bildet die Interpretation per argumentum a (od. e) contrario. Hiervon spricht man, wenn man aus der Tatsache, daß eine Rechtsnorm nur unter bestimmten Voraussetzungen für anwendbar erklärt ist, den Schluß zieht, daß für alle dieser Voraussetzung entbehrenden Verhältnisse das Gegenteil der Rechtsnorm gelten solle.

Nicht zu verwechseln mit der extensiven Interpretation ist die Analogie. Analogie (*ἀνὰ λόγον* = secundum rationem legis) ist die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen durch sie nicht geregelten Fall wegen Gleichheit des Grundes (ubi eädem legis ratio, ibi eädem legis dispositio). Während die extensive Interpretation die Rechtsnorm auf einen bestimmten Fall für anwendbar erklärt, weil sie zwar nicht den Worten, aber dem Sinn und der Absicht des Gesetzgebers nach sich auf diesen Fall mitbezieht, unterstellt die Analogie einer gewissen Rechtsnorm auch diejenigen Fälle, welche unzweifelhaft durch die Rechtsnorm nicht haben geregelt werden sollen.

Heute spricht man von Gesetzesanalogie, wenn ein bestimmter Rechtssatz auf einen ihm nicht unmittelbar unterworfenen Fall angewendet wird, von Rechtsanalogie, wenn wegen Gleichheit des Grundes ein Fall aus den Rechtsgedanken heraus entschieden wird, die ein anderes Rechtsgebiet oder das ganze Rechtssystem beherrschen[32]). Da keine Gesetzgebung für alle möglichen Fälle klare Normen aufstellen kann, so dient die Analogie zur Ausfüllung von Lücken[33]). Die Analogie ist das Gegenteil der argumen-

---

wurde vom Handelsgesetzbuche aufgenommen, welches im Art. 278 verordnet: „Bei Beurteilung und Auslegung der Handelsgeschäfte hat der Richter den Willen der Kontrahenten zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften."

[32]) Gesetzesanalogie war zB. die Ausdehnung der actio Serviana (unten § 138 b); von der Rechtsanalogie handelt ABGB. § 7.

[33]) In früherer Zeit ist bei Kodifikation des Rechts die Auslegung durch den Richter allerdings zuweilen beschränkt worden. Bei Veröffentlichung der Digesten (unten § 24 b) wurde der Richter mit allen Zweifelfragen an den Kaiser verwiesen. Heute ist die auslegende

tatio a contrario: erstere leitet aus einer für einen bestimmten Fall gegebenen Rechtsregel die Anwendung, letztere die Nichtanwendung auf andere Fälle ab.

### f. Örtliche Wirkung der Rechtsnormen.

Die rechtliche Zugehörigkeit zu einem Staate heißt Staatsangehörigkeit, Indigenat. Den Staatsangehörigen (Inländern) stehen die Ausländer gegenüber.

Bezüglich der Ausländer kann in einem Staate das Territorialitätsprinzip herrschen d. h. Unterwerfung der Ausländer unter die inländischen Gesetze (quidquid est in territorio, etiam est de territorio) oder das Personalitätsprinzip, d. h. Behandlung der Ausländer nach ihrem heimischen Rechte (iura ossibus inhaerent).[34])

---

Tätigkeit des Richters völlig frei, wenn bei uns auch eine Strafbestimmung fehlt, wie diejenige des Code civil art. 4: Le juge, qui refusera de juger sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice (Rechtsverweigerung). — Doch gibt es Fälle, in denen die Analogie ausdrücklich ausgeschlossen ist. So ist zB. durch Art. IV des KP. zum StGB. in betreff der Frage, ob eine Handlung ein Verbrechen, ein Vergehen oder eine Übertretung sei, die Anwendung jeder Analogie ausgeschlossen. Bezüglich anderer Fragen ist jedoch die Anwendung sowohl der Gesetzes- als der Rechtsanalogie zulässig.

[34]) In der Gegenwart pflegt ein gemischtes System zu gelten, dergestalt, daß die Sätze des inländischen öffentlichen Rechts auf alle im Inlande befindlichen Personen angewendet werden (vgl. zB. StGB. § 37), während für das Privatrecht bei Beteiligung eines Ausländers oder Vornahme einer Handlung im Auslande dessen Recht in Betracht gezogen wird (vgl. zB. WO. Art. 84 ff., ABGB. §§ 34 ff.). Wird in den gedachten Fällen zweifelhaft, welches örtliche Recht auf einen gewissen Rechtsvorgang zur Anwendung zu bringen ist, so spricht man von „Statutenkollision" (statuta = Partikularrechte). Die Grundsätze, nach welchen die Entscheidung einer Statutenkollision zu erfolgen hat, faßt man mit dem Ausdruck „Internationales (Privat- und Straf-) Recht" zusammen.

Die betreffenden Rechtssätze werden regelmäßig in den nationalen Kodifikationen aufgestellt (zB. ABGB. §§ 34—38); sie bilden daher keinen Bestandteil des Völkerrechts, das „auf der übereinstimmenden Rechtsüberzeugung der Kulturstaaten beruht". Selbstverständlich können aber die Fragen der Statutenkollision auch durch völkerrechtliche Vereinbarungen geregelt werden (vgl. zB. das Haager Abkommen vom

Ausländer heißen Forensen, wenn sie ein Grundstück im Inlande haben.

Sind Forensen nach der Verfassung eines Staats dem inländischen Recht, insbesondere der inländischen Gerichtsbarkeit, nur bezüglich ihres Grundstücks unterworfen (forum rei sitae), so spricht man von Landsassiatus minus plenus; sind sie dem Rechte des Inlands auch in sonstigen Beziehungen unterstellt, von Landsassiatus plenus.

Im Inlande befindliche Ausländer, welche nach völkerrechtlichen Grundsätzen der inländischen Staatsgewalt nicht unbeschränkt unterliegen (Souveräne, Gesandte, Berufskonsuln, Truppen), heißen Exterritoriale.

### g. Zeitliche Wirkung der Rechtsnormen.

Die Rechtsnormen wirken im allgemeinen nur in die Zukunft, also bezüglich derjenigen Rechtsverhältnisse, welche unter ihrer Herrschaft begründet werden; sie haben keine „rückwirkende Kraft", sofern sie sich dieselbe nicht ausdrücklich beilegen (C. 1, 14, 7: Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit). Nur authentische Interpretationen haben insofern rückwirkende Kraft, als der Richter die interpretierte Rechtsnorm auch auf die vor der authentischen Interpretation begründeten Rechtsverhältnisse anzuwenden hat.

Rechtsnormen behalten ihre Wirksamkeit, bis sie entweder ausdrücklich beseitigt sind, oder bis eine ihnen widersprechende Rechtsnorm festgestellt ist (Lex posterior derŏgat priori); vgl. unten § 16 b 3.

### h. System.

Der Erkenntnis des objektiven Rechts dient in erster Reihe die exegetische Methode, die die einzelnen Rechtsnormen interpretiert (oben S. 29). Zur Rechtswissen-

---

14. November 1896 zur gemeinsamen Regelung einiger Fragen des internationalen Privatrechts).

schaft (Jurisprudenz) wird die Rechtserkenntnis jedoch erst durch das systematische Erkennen, d. h. durch die Verarbeitung der einzelnen Vorschriften zu einem System neben- und untergeordneter Lehrsätze (dogmata, daher dogmatische Rechtswissenschaft im Gegensatze zur historischen Rechtswissenschaft oder Rechtsgeschichte, unten i). Auf die dogmatisch-systematische Methode sind die einzelnen Hauptdisziplinen (vgl. oben d 3)[35]) des heutigen akademischen Unterrichts zurückzuführen. S. auch unten S. 40[4].

Rechtssystem ist, wie bereits angedeutet, die Anordnung des objektiven Rechts nach einem gemeinsamen Grundgedanken. Im System des Privatrechts sind die Rechtsnormen nach Rechtsinstituten zusammengefaßt.

Rechtsinstitut ist ein Inbegriff von Rechtsnormen, welche sich auf denselben Gegenstand beziehen. Jedes Rechtsinstitut (zB. Ehe, Eigentum, Pfandrecht) regelt gewisse Arten von Rechtsverhältnissen.

Rechtsverhältnis ist eine rechtlich geordnete Beziehung einer Person zu anderen Personen oder zu Gütern, d. h. den zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse geeigneten Gegenständen, ein rechtlich geordnetes Lebensverhältnis[36]).

---

[35]) Von den Hauptdisziplinen der Rechtswissenschaft werden unterschieden:

a. die Nebendisziplinen (Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 1[1], Rechtsgeschichte, S. 36, Rechtsphilosophie, S. 20, gerichtliche Medizin, d. h. die Lehre von den medizinischen Tatsachen, soweit diese, wie die geschlechtlichen Verhältnisse, Tod, Körperverletzung, Geisteskrankheiten usw., für die Rechtspflege in Betracht kommen);

b. die Hilfsdisziplinen, namentlich:

1. theoretische Nationalökonomie (Volkswirtschaftslehre), die Lehre von der Erzeugung, dem Umsatz und Verbrauche der Güter innerhalb der Volksgemeinschaft,

2. praktische Nationalökonomie (Volkswirtschaftspolitik), die Lehre von der zweckmäßigsten Förderung der Volkswirtschaft durch den Staat,

3. Finanzwissenschaft (Staatshaushaltslehre), die Lehre von der Beschaffung und Verwendung der für den Staat zur Durchführung seiner Aufgaben (oben S. 10) erforderlichen Mittel und von der Verwaltung des Staatsvermögens und der Staatsschulden.

[36]) Heute wird der Begriff „Rechtsverhältnis" auch für das öffentliche Recht verwertet. So bezeichnet Kohler den Prozeß als

Rechtsverhältnisse entstehen, werden beeinflußt und endigen durch gewisse Tatsachen, welche infolge dieser Bedeutung für das Rechtsverhältnis als *juristische Tatsachen* bezeichnet werden. Solche sind: *Rechtsgeschäfte* (d. h. zur Regelung der Rechtsverhältnisse des Erklärenden bestimmte Willenserklärungen), *Rechtsverletzungen* oder sonstige *Ereignisse*, die juristisch von Bedeutung sind (zB. Geburt, Tod); vgl. unten § 40 a.

1. Aus den Rechtsverhältnissen von Person zu Person entstehen die *persönlichen Rechte*. Insofern dieselben auf eine vermögenswerte Leistung abzielen, nennt man sie *Forderungsrechte* oder *Obligationen*. Entspringen die persönlichen Rechte aus dem Verhältnisse der Ehegatten oder der Verwandten zueinander, so nennt man sie *Familienrechte*.

2. Aus dem Rechtsverhältnis einer Person zu einer Sache entstehen die *dinglichen Rechte*, d. h. Rechte, welche eine Sache der Willensmacht einer Person *unmittelbar* unterwerfen, entweder in allen Beziehungen (Eigentum) oder nur in einzelnen (iura in re aliena).

Von dem dinglichen Rechte scharf zu unterscheiden ist das *Recht zur Sache* (ius ad rem), d. h. das Forderungsrecht auf Leistung einer *bestimmten* Sache. Insofern nach heutigem Rechte (EO. §§ 346 ff.) der Berechtigte dem Verpflichteten die geschuldete Sache fortnehmen lassen darf (*Realexekution*, unten § 70 a), ist durch das Recht zur Sache allerdings auch hier eine Beziehung einer Person zu einer Sache geschaffen, aber keine unmittelbare, wie beim dinglichen Rechte, sondern nur eine mittelbare.

3. Das moderne Recht gewährt außerdem gewissen Betätigungen der individuellen Persönlichkeit Rechtsschutz und macht dieselben dadurch zu Gütern (*Persönlichkeitsrechte, Rechte an immateriellen Gütern*): Recht auf Namen, Titel, Wappen; Urheberrechte, Erfinderrechte; das — neuerdings anerkannte — Recht am eigenen Bilde.

---

ein, besonderen Vorschriften unterstehendes, Rechtsverhältnis unter den Parteien.

Die Rechtsnormen, welche die dinglichen Rechte, die Forderungsrechte und die Familienrechte betreffen, pflegt man im Systeme des Privatrechts unter den Titeln „Sachenrecht", „Recht der Schuldverhältnisse" oder „Obligationenrecht" und „Familienrecht" darzustellen.

Zu diesen 3 Teilen treten noch die Rechtsnormen über die Rechtsverhältnisse, welche durch den Tod einer Person hervorgerufen werden („Erbrecht"), und gewisse allgemeine, für alle Arten von Rechtsverhältnissen gültige Regeln („Allgemeiner Teil").

Das übliche System des Privatrechts zerfällt hiernach, zum Unterschiede von der Dreiteilung des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (Personenrecht, dingliches und persönliches Sachenrecht und die dem Personen- und Sachenrechte gemeinsamen Bestimmungen), in 5 Abschnitte:

I. Allgemeiner Teil.
II. Recht der Schuldverhältnisse.
III. Sachenrecht.
IV. Familienrecht.
V. Erbrecht.

Die eben besprochene Einteilung der subjektiven Rechte ergibt sich aus der Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse, denen sie entspringen. Von einem anderen Einteilungsgrunde geht die Unterscheidung in relative und absolute Rechte aus.

Relative Rechte sind solche Berechtigungen, denen von vornherein eine Verpflichtung einer bestimmten Person gegenübersteht.

Absolute Rechte nennt man diejenigen, die gegen alle („gegen niemanden nicht") gehen, wenn auch die Betätigung dieser Rechte („der Anspruch") voraussetzt, daß sich eine bestimmte Person zu ihnen in Widerspruch gesetzt, sie verletzt hat.

Die Forderungsrechte sind in der Regel relative (Ausnahme: actiones in rem scriptae, unten § 59 b 3), die dinglichen und die Persönlichkeitsrechte in der Regel absolute (Ausnahme: Vindikationsbeschränkungen, unten § 127), die

Familien- und Erbrechte teils absolute (Statusklagen, hereditatis petitio), teils relative (zB. querela inofficiosi testamenti).

i. Rechtsgeschichte.

Zum Verständnisse des gegenwärtig gültigen Rechts eines bestimmten Volks ist es unerläßlich, den Entwicklungsgang zu verfolgen, welchen das Recht genommen hat. Dies ist die Aufgabe der Rechtsgeschichte (oben S. 33), welche nach zwei Richtungen tätig sein muß.

1. Die „äußere Rechtsgeschichte" behandelt die geschichtliche Entwicklung des Rechts im ganzen (daher auch „allgemeine" Rechtsgeschichte genannt) mit Berücksichtigung der staatlichen Verhältnisse, unter welchen es entstanden ist, und stellt die Rechtsquellen dar.

2. Die „innere Rechtsgeschichte" lehrt, wie die einzelnen Rechtsinstitute sich entwickelt haben („besondere" Rechtsgeschichte).

Was die Anordnung des Stoffs betrifft, so kann die Darstellung periodisch (synchronistisch) oder systematisch (chronologisch) verfahren: jene Methode gliedert den Stoff nach den hauptsächlichen Epochen und führt den innerhalb der so entstehenden Perioden geltenden Rechtszustand vor; die systematische Methode dagegen stellt die Entwicklung der einzelnen Rechtsinstitute fortlaufend dar. Der Vorteil der periodischen Erörterung besteht darin, daß sie ein Gesamtbild des jeweiligen Rechtszustands bietet, ihr Nachteil darin, daß sie einen Überblick über das Werden der einzelnen Institutionen erschwert; das Umgekehrte ist bei der anderen Methode der Fall. Infolgedessen wird häufig eine Vereinigung beider Darstellungsweisen bevorzugt.

## § 2. Das österreichische Bürgerliche Recht.

Die Königreiche und Länder, aus deren allmählicher Vereinigung unter einem Herrscher die österreichische Monarchie entstanden ist, hatten ursprünglich ihr selbständiges Recht, meist heimisches Gewohnheitsrecht, aber auch geschrie-

benes Stadt- und Landrecht. Daneben galten für die Kirche sowie für einzelne Gebiete kanonisches und römisches Recht, letzteres überdies seit dem 13. Jahrhundert subsidiär neben den Partikularrechten[1]).

Von der Mitte des 15. Jahrhunderts an erfolgte nun in den verschiedenen Königreichen und Ländern allmählich die Rezeption des Gemeinen Rechts, worunter man das römische Recht, das kanonische Recht und das langobardische Lehnrecht verstand.

Das römische Recht hatte durch den oströmischen Kaiser Justinian (527—565 n. Chr.) einen Abschluß in der heute als „Corpus iuris civilis" bezeichneten Sammlung erhalten (unten §§ 22 ff.). Ebenso war das kanonische Recht, d. h. das durch die römisch-katholische Kirche geschaffene Recht, im „Corpus iuris canonici" und das langobardische Lehnrecht in den „Libri feudorum" gesammelt. Auf die genannten drei Rechtsbücher bezog sich nun die Rezeption, welche, befördert durch die verschiedensten Umstände[2]), mit der völligen Umgestaltung des bisherigen Rechts endigte.

Die Rezeption vollzog sich allmählich durch die Anwendung des römischen Rechts in den Gerichten, also im Wege der Gewohnheit. Diese Übung erfolgte in den meisten österreichischen Erblanden und in der Überzeugung, für das ganze Reich gültiges Recht anzuwenden. Das eingeführte fremde Recht wurde daher „gemeines Recht". Spricht

---

[1]) Pfaff-Hofmann, Kommentar I, S. 5.

[2]) Hierher gehört insbesondere die örtliche Zersplitterung des vielfach ungeschriebenen einheimischen Rechts, dem gegenüber die fremden Rechte als „ratio scripta" erschienen, sowie die Ansicht von dem Zusammenhange des alten deutschen („heiligen römischen Reichs deutscher Nation") mit dem weströmischen Reiche (sog. „theoretische Rezeption"), ferner das Aufkommen eines gelehrten, auf italienischen und später auf deutschen Universitäten lediglich im römischen Recht ausgebildeten Richterstands und die Anwendung des kanonischen Rechts in den geistlichen Gerichten („praktische Rezeption"). Naturgemäß fällt die ältere Entwicklungsgeschichte des Privatrechtes jener Teile der österreichischen Monarchie, welche einen Bestandteil des „heiligen römischen Reiches deutscher Nation" bildeten, mit der des deutschen Rechtes im ganzen zusammen (vgl. Pfaff-Hofmann, a. a. O. I, S. 2).

man heute von „Gemeinem Rechte" schlechthin, so meint man damit das rezipierte fremde, insbesondere das römische Recht in der Gestalt, welche es in der deutschen Rechtsentwicklung angenommen hat („Pandektenrecht", so genannt nach dem wichtigsten Bestandteile des Corpus iuris civilis, den Pandectae, unten § 24).

Denn naturgemäß war die Rechtsentwicklung in Österreich mit der Rezeption nicht abgeschlossen. Eine Zeit lang schien es allerdings, als sollten die rezipierten Rechte das einheimische, zum großen Teil auf deutscher Grundlage beruhende, Recht völlig verdrängen. Dann aber kam den Juristen zum Bewußtsein, daß das römische Recht, als einer anderen Zeit und einer anderen Nation entstammend, nicht in allen seinen Teilen zur unmittelbaren Rechtsanwendung in Österreich geeignet wäre. Einheimische Rechtsgedanken fingen wieder zu wirken an, das römische Recht wurde den neuen Verhältnissen angepaßt (daher „usus modernus Pandectarum"), in einigen wenigen Punkten griff auch die landesherrliche Gesetzgebung ein, und als Ergebnis dieser Entwicklung stellte sich ein gemeines Privatrecht dar, dessen Hauptbestandteil freilich das römisch-kanonische Recht geblieben war. Trotzdem war das Recht zu keinem einheitlichen geworden. Die einzelnen landesherrlichen Gesetze, Landesordnungen und Konsuetudinarien wichen voneinander ab; „nahezu jedes Gericht hatte seine eigenen Normen und Ordnungen"[3]), und so wurde das Bedürfnis nach einem einheitlichen kodifizierten bürgerlichen Rechte und nach einer einheitlichen Rechtsprechung immer dringender. Zunächst wurde letzterem Bedürfnisse durch Errichtung der „Obersten Justizstelle" (1749), als eines gemeinschaftlichen obersten Gerichtshofes und eines gemeinschaftlichen Justizministeriums der österreichischen Erbländer Rechnung getragen.

Bald nachher erfolgte der erste Schritt zu einer einheitlichen Kodifikation durch Einsetzung einer sog. Kompi-

[3]) Pfaff-Hofmann, Kommentar I, S. 5.

lations-Kommission, welche einen für alle Erbländer gemeinsamen Kodex über das Privatrecht abfassen sollte. Dieser Kodex wurde von der Kommission im Jahre 1767 fertiggestellt, jedoch nicht genehmigt. Nun wurde der Entwurf einer mehrfachen Umarbeitung unterzogen, und der erste Teil, welcher jedoch nur das Personenrecht enthielt, mit Patent vom 1. November 1786 publiziert. Auf dieses sog. „Josefinische Gesetzbuch" folgte ein weiterer Entwurf, welcher für Galizien im Jahre 1797 als sog. „Westgalizisches bürgerliches Gesetzbuch" kundgemacht wurde.

Auf Grund dieses Entwurfes kam endlich das mit Patent vom 1. Juni 1811 für jene Länder, welche damals den Bestand des Kaisertums Österreich bildeten, mit Ausnahme von Ungarn und dessen damaligen Nebenländern, kundgemachte allgemein noch heute in Geltung befindliche „Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch" („ABGB.") zustande.

Laut Art. IV des Kundmachungs-Patentes sind durch dieses Gesetz sowohl „das bis jetzt angenommene gemeine Recht, der am 1. November 1786 kundgemachte erste Teil des bürgerlichen Gesetzes, das für Galizien gegebene bürgerliche Gesetzbuch, samt allen auf die Gegenstände dieses allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches sich beziehenden Gesetzen und Verordnungen", außer Wirksamkeit gesetzt worden, und waren neben dem bürgerlichen Gesetzbuche laut Art. VII des Kundmachungs-Patentes nur die besonderen Handels- und Wechselgesetze in Kraft geblieben.

Seit dem Inkrafttreten des Allgem. Bürgerl. Gesetzbuches sind zahlreiche das Privatrecht betreffende Gesetze und Nachtrags-Verordnungen erschienen, welche bis 1848 in der Justizgesetz-Sammlung („JGS."), und seither im Reichsgesetzblatte („RGB.") und in den Landesgesetzblättern („LGB.") publiziert erscheinen. Als Spezialgesetze, welche heute neben dem ABGB. privatrechtliche Gegenstände regeln, sind hervorzuheben:

das Handelsgesetzbuch („HGB.") vom 17. Dezember 1863, die Allgemeine Wechselordnung („WO.") vom 25. Januar 1850, die Konkursordnung („KO.") vom

25. Dezember 1868, das Allgemeine Grundbuchsgesetz („AGG.") vom 25. Juli 1871, die Gesetze über die Anlegung neuer Grundbücher, das Gesetz vom 6. Februar 1869 betreffend die Rechte und das Verfahren bei der grundbücherlichen Zerteilung einer Liegenschaft, das Verfahren außer Streitsachen („Pat.") vom 9. August 1854, die Civilprozeßordnung („CPO.") vom 1. August 1895, die Jurisdiktionsnorm („JN.") vom 1. August 1895, die Exekutionsordnung („EO.") vom 27. Mai 1896, die Spezialgesetze über das Eherecht vom 25. Mai 1868 und vom 9. April 1870, das Gesetz betreffend Abhilfe wider unredliche Vorgänge bei Kreditgeschäften (Wuchergesetz) vom 28. Mai 1881, das Anfechtungsgesetz vom 16. März 1884, das Urheberrechtsgesetz vom 26. Dezember 1895, das Ratengesetz vom 27. April 1896, das Gesetz über die zum Zwecke der Bodenverbesserung aufgenommenen Darlehen (Meliorationsdarlehen) vom 6. Juli 1896.

In Deutschland hatten einzelne Staaten gleichfalls schon seit Ende des 18. Jahrhunderts ihr Bürgerliches Recht kodifiziert (vgl. zB.: „Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten", 1794), in anderen kam das Gemeine Recht jedoch bis zum 1. Januar 1900, mit welchem Tage das nun für das ganze Deutsche Reich geltende Bürgerliche Gesetzbuch („BGB.", 2385 Paragraphen) vom 18. August 1896 in Kraft trat, auch noch formell zur Anwendung.

Das vorliegende Werk befaßt sich mit der römischen Rechtsgeschichte und dem System des römischen Privatrechts und verfolgt damit unter Bezugnahme auf das heutige Recht die für das Rechtsstudium[4]) unerläßliche Entwicklung der

---

[4]) Das Rechtsstudium und der praktische Vorbereitungsdienst für die Laufbahn des Richters und Staatsanwalts ist durch das Gesetz vom 27. November 1896 (Gerichtsorganisationsgesetz) und die dazu verflossenen Verordnungen geregelt.

a. Die Befähigung zum Richteramte, welche auch die zum Amte eines Staatsanwalts in sich schließt, wird durch Absolvierung der vorgeschriebenen rechts- und staatswissenschaftlichen Studien, durch die mit Erfolg geschehene Ablegung der vorgeschriebenen theoretischen Prüfungen und durch Ablegung der Richteramtsprüfung erworben. Der Zulassung zur Richteramtsprüfung hat ein dreijähriger Vorbereitungs-

LIBRARY

römischen Grundlagen des heute in Österreich geltenden bürgerlichen Rechtes.

---

dienst voranzugehen. Die mit Erfolg bestandene Advokaturprüfung vertritt die Stelle der Richteramtsprüfung. Außerdem ist jeder ordentliche öffentliche Lehrer des Rechts an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät einer inländischen Universität zum Richteramte befähigt. Der dreijährige Vorbereitungsdienst ist bei Bezirksgerichten, bei Gerichtshöfen erster Instanz und bei der Staatsanwaltschaft an einem Gerichtshof erster Instanz zu leisten; ein Teil desselben kann bei den Oberlandesgerichten, bei einer Finanzprokuratur oder in der Kanzlei eines Advokaten vollstreckt werden. Die Dienstleistung bei Gericht muß mindestens zwei Jahre dauern; jede andere der genannten Dienstleistungen darf die Dauer von sechs Monaten nicht überschreiten.

Bezüglich der näheren Vorschriften über den richterlichen Vorbereitungsdienst siehe die Justiz-Min.-Verordn. vom 15. August 1897, RGB. Nr. 132).

b. Für die Laufbahn eines Advokaten (Rechtsanwalts) ist gleichfalls die Absolvierung der vorgeschriebenen rechts- und staatswissenschaftlichen Studien, die Ablegung der theoretischen Staatsprüfungen, ferner die Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte an einer österreichischen Universität und die Ablegung der Advokaturprüfung, sowie ein praktischer Vorbereitungsdienst von sieben Jahren vorgeschrieben, wovon ein Jahr bei einem Gerichtshofe, der Rest in einer Advokaturskanzlei zu vollstrecken ist.

c. Die rechts- und staatswissenschaftlichen Studien und Staatsprüfungen sind durch das Gesetz vom 20. April 1893 RGB. Nr. 68 wie folgt geregelt. Die rechts- und staatswissenschaftlichen Studien sind, sofern durch dieselben die Qualifikation für den öffentlichen Dienst erworben werden soll, an einer rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät zurückzulegen. Der Erfolg derselben ist durch Ablegung der theoretischen Staatsprüfungen, nämlich der rechtshistorischen, der judiziellen und der staatswissenschaftlichen Staatsprüfung, nachzuweisen. Die Studiendauer beträgt mindestens acht Semester, von welchen mindestens drei vor, die übrigen, jedoch mindestens vier, nach Ablegung der rechtshistorischen Staatsprüfung zurückzulegen sind. Ein Semester ist jedoch in diese Studiendauer nur dann einzurechnen, wenn die im Verordnungswege festzustellende Anzahl der Vorlesestunden eingehalten ist. Inwiefern die an einer andern als der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät, oder die an einer ausländischen Universität zugebrachte Studienzeit in die Studiendauer eingerechnet werden kann, bestimmt der Unterrichtsminister. Die Zulassung zu den theoretischen Staatsprüfungen hat nebst der Studiendauer den Besuch der vorgeschriebenen Vorlesungen (Obligatkollegien), die Zulassung zur judiziellen und staatswissenschaftlichen Staatsprüfung überdies den Nachweis der mit Erfolg abgelegten rechtshistorischen Staatsprüfung zur Voraussetzung. Obligat sind nachfolgende Disziplinen:

1. Behufs Zulassung zur rechtshistorischen Staatsprüfung:
α. römisches Recht,
β. Kirchenrecht,
γ. deutsches Recht (Geschichte der Rechtsquellen und des öffentlichen Rechtes, Geschichte und System des Privatrechtes),
δ. österreichische Reichsgeschichte (Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechtes).

2. Behufs Zulassung zur judiziellen und zur staatswissenschaftlichen Staatsprüfung:
α. österreichisches Privatrecht,
β. österreichisches Handels- und Wechselrecht,
γ. österreichisches civilgerichtliches Verfahren,
δ. österreichisches Strafrecht und Strafprozeß,
ε. allgemeines und österreichisches Staatsrecht,
ζ. Verwaltungslehre und österreichisches Verwaltungsrecht,
η. Volkswirtschaftslehre und Volkswirtschaftspolitik,
ϑ. Finanzwissenschaft mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Finanzgesetzgebung.

Die Vorlesungen über die zu 2 genannten Disziplinen sind vorbehaltlich der Bestimmung des § 5 Abs. 1 (s. u.) nur dann anrechenbar, wenn sie nach Ablegung der rechtshistorischen Staatsprüfung gehört worden sind.

Sämtliche unter 1 und 2 genannten Disziplinen sind zugleich Prüfungsgegenstände, und zwar die unter 1 bezeichneten bei der rechtshistorischen, die unter 1 α—ϑ bezeichneten bei der judiziellen, die übrigen bei der staatswissenschaftlichen Staatsprüfung.

3. Außerdem haben die Studierenden der Rechte zu hören:

α. vor der rechtshistorischen Staatsprüfung eine Vorlesung an der philosophischen Fakultät aus dem Gebiete der Philosophie;

β. vor oder nach der rechtshistorischen Staatsprüfung noch eine Vorlesung an der philosophischen Fakultät, ferner eine Vorlesung über Geschichte der Rechtsphilosophie und eine Vorlesung über allgemeine vergleichende und österreichische Statistik.

In besonders berücksichtigungswerten Fällen kann der Unterrichtsminister von dem Besuche einzelner obligater Vorlesungen Nachsicht erteilen.

Die rechtshistorische Staatsprüfung kann in den vier ersten Wochen des vierten Semesters abgelegt werden (§ 5 Abs. 1). Die judizielle und die staatswissenschaftliche Staatsprüfung können in beliebiger Folge abgelegt werden, und zwar eine derselben bereits in den letzten vier Wochen des letzten Semesters.

Die Bestimmung, wonach der an einer österreichischen Universität erlangte Grad eines Doktors der Rechte gleiche Wirkung mit den vollständig abgelegten Staatsprüfungen hat, bleibt fortan nur hinsichtlich jener Kandidaten in Kraft, welche bei Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes (Beginn des Studienjahres 1894/95) den Doktorgrad bereits erworben haben.

# A. Römische Rechtsgeschichte.

## I. Buch: Geschichte der Verfassung.

**I. Periode:** Bis zu den zwölf Tafeln (753—450 v. Chr.).
**II. Periode:** Bis zum Ende der Republik (31 v. Chr.).
**III. Periode:** Bis zum Tode Diokletians (305 n. Chr.).
**IV. Periode:** Bis zum Tode Justinians (565 n. Chr.).

### § 3. I. Periode. Bis zu den zwölf Tafeln (753—450 v. Chr.).

#### I. Die Königszeit.

a. Entstehung Roms. Rom ist angeblich entstanden aus der Vereinigung einer (vielleicht gelegentlich eines ver sacrum[1]) gegründeten) lateinischen Ansiedlung auf dem Mons Palatinus (Ramnes, Romani) mit einer sabinischen Niederlassung auf dem Collis Quirinalis (Tities, Quirītes von quiris, die Lanze). Zu beiden Stämmen trat später noch ein dritter gemischten Ursprungs, die Lucĕres, auf dem Mons Coelius. Die Angehörigen der vereinigten „Stammdrittel" (tribus), die Ramnes, Tities, Lucĕres, heißen Quirītes in staatsbürgerlicher, Romani in militärischer und völkerrechtlicher Beziehung (Vos Quirītes rogo, S. 63 — Senatus Populusque Romanus,

[1]) Ver sacrum bedeutet einen Frühling, dessen Erzeugnisse und Geburten zum Danke für die Errettung aus einer Gefahr dem Frühlingsgotte Mars geweiht sind. Bezüglich der in diesem Frühlinge geborenen Kinder wurde ein derartiges Gelübde durch Aussendung derselben in fremdes Land erfüllt.

S. 65). Als Gründungsjahr gilt nach der maßgebenden Zeitrechnung (Ära) des Varro das Jahr 753 v. Chr.[2]).

b. Die Könige. Angeblich ist Rom bis zum Jahre 510 v. Chr. von 7 Königen beherrscht worden (Romulus, Numa Pompilius, Tullus Hostilius, Ancus Marcius, Tarquinius Priscus, Servius Tullius, Tarquinius Superbus).

Das Königtum ist nicht erblich. Stirbt der König, so tritt ein interregnum ein, während dessen die Staatsgewalt von 10 vom Senat aus seiner Mitte gewählten interreges mit fünftägigem Wechsel ausgeübt wird (res ad patres redit). Die Neuwahl erfolgt wahrscheinlich nicht, wie manche annehmen, durch den Senat, sondern durch den populus, welcher dem Gewählten nach seiner Bestätigung durch den Senat (patrum auctoritas) die höchste militärische, richterliche und priesterliche Gewalt (imperium) mittels einer lex curiata de imperio verleiht.

Nach der Wahl findet die inauguratio statt, d. h. die Einholung von Wahrzeichen durch einen Augur, meist aus dem Vogelfluge, zwecks Feststellung, ob der Gewählte den Göttern genehm sei.

Beamte der Königs sind: der tribunus celerum (D. 1, 2, 2, 15), der praefectus urbi (D. 1, 2, 2, 33), die quaestores parricidii (von quaerere, aufspüren, d. h. Beamte zur Verfolgung solcher Verbrechen, die gegen einen einzelnen Bürger, nicht den Staat als solchen, gerichtet sind, D. 1, 2, 2, 23, endlich die für jeden Fall von perduellio (von perduellis, arger Krieger, Feind, vgl. D. 50, 16, 234, pr.: Hochverrat, d. h. Verbrechen gegen die innere Ruhe, und Landesverrat, d. h. Verbrechen gegen die äußere Sicherheit des Staats)[3]) bestellten duumviri

---

[2]) Nach der Ära des Kato 751. — Zuweilen werden Daten nach Jahreszahlen ab urbe condita (a. u. c.) angeführt. Dann muß man, um Jahre der christlichen Zeitrechnung zu erhalten, die angegebenen Jahreszahlen mit 754 vergleichen.

[3]) Vgl. StGB. § 58 (Hochverrat), welcher auch den Landesverrat umfaßt, wogegen bestimmte Arten der Störung der Ruhe des Staates

perduellionis. Bei Ausübung der priesterlichen Verrichtungen stehen dem Könige für die Verehrung bestimmter Gottheiten die eigentlichen Priester, Flamines, zur Seite: Flamen Martialis, Quirinalis (= Romulus), Dialis (= Jupiter). Nicht zu verwechseln damit sind drei andere, genossenschaftlich geordnete Sachverständigenkollegien, die die Überlieferung für die gottesdienstlichen Verrichtungen bewahrten, deren richtige Vollziehung eine gewisse Sachkunde voraussetzte. Es sind dies die Augŭres, Pontifices und Fetiales. Von diesen haben die Augurn wegen ihrer durch die Notwendigkeit der Einholung von Auspizien gebotenen Teilnahme an allen staatlichen Vorgängen auf die Entwicklung des Staatsrechts maßgebenden Einfluß ausgeübt. Den Pontifices verdankt das Civilrecht und der Civilprozeß seine Fortbildung (unten § 31). Die zu Gesandtschaften an fremde Völker, zB. zwecks Auslieferung Schuldiger (deditio), zur Kriegserklärung (bellum indicere, durch Hinüberschleudern einer Lanze in das feindliche Gebiet), zum Fordern von Genugtuung (res repetere, clarigare) verwendeten Fetialen haben den Grund zur Bildung eines Völkerrechts gelegt. Ihr Sprecher heißt pater patratus.

c. Das Volk. Im Volke sind 3 Stände zu unterscheiden.

1. Die Patrizier (patres) sind die Angehörigen der 3 Stammtribus. Die letzteren zerfallen in je 10, zusammen also in 30 curiae (con-vir) unter einem Vorsteher (curio), dem ein Priester (flamen curialis) zur Seite steht. Jede curia besteht aus 10 gentes, d. h. Vereinigungen von mehreren Familien, unter einem decurio, welche durch gemeinsame Heiligtümer (sacra gentilicia), Namen (nomen gentilicium) und Grabstätten (sepulcra gentilicia) zusammengehalten werden; unten § 35 d.

Die Angehörigen derselben gens (gentiles) haben gegen einander auch einen gesetzlichen Anspruch auf Bevormundung und ein gesetzliches Erbrecht.

---

nach StGB. § 65 als Verbrechen der Störung der öffentlichen Ruhe geahndet werden.

Die Patrizier haben allein alle staatsbürgerlichen Rechte, nur sie sind wahre Bürger. Die Häupter ihrer 300 gentes treten zum Rate der Greise (senes, senatus) zusammen.

2. Die Klienten sind Schutzverwandte der gentes, meist Angehörige unterworfener Staaten oder Freigelassene, welche sich vermöge der applicatio in ein Treuverhältnis zu einem patrizischen patronus begeben haben. Sie gelten als passive Mitglieder der gens, deren Namen sie führen.

Zweifelhaft ist, ob die Klienten schon ursprünglich freies oder nur ein auf beliebigen Widerruf (precario, „bittweise") ihnen vom Patron gewährtes Eigentum besessen haben.

3. Die Plebejer (plebs von plenus, die raumfüllende Menge) stehen anfänglich ganz außerhalb der Verfassung. Die plebs ist nach Niebuhr entstanden aus der Ansiedlung besiegter Stämme in Rom, nach Mommsen durch die Loslösung von Klienten aus der Zugehörigkeit zu den gentes. Angeblich durch Tarquinius Priscus wurden die vornehmsten Plebejerfamilien als Ramnes, Tities, Lucĕres secundi in die Zahl der gentes aufgenommen (gentes minores). Die übrigen Plebejer und die Klienten wurden erst durch die Zenturieneinteilung des Servius Tullius (S. 55) zu Staatsbürgern gemacht, ohne eine völlige Gleichstellung mit den Patriziern zu erhalten.

4. Das Staatsgebiet zerfällt in die von der Ringmauer umzogene urbs und den außerhalb derselben befindlichen ager. Zwischen urbs und ager läuft an der Mauer entlang ein geheiligter Saum, das pomerium.

Unter Servius Tullius soll die ursprüngliche urbs erweitert und in 4 städtische Tribus (Suburana, Palatina, Esquilina, Collina), ebenso der ager in 15 tribus rusticae geteilt worden sein.

## II. Die erste Zeit der Republik.

Die durch den Despotismus der Tarquinier hervorgerufene Revolution hatte zunächst nur die Ersetzung des rex durch 2 jährlich zu wählende consules (von consulere, „Berater", oder con-esse, „Amtsgenossen"), welche anfangs

auch iudices oder praetores genannt wurden, zur Folge. Das dem Könige zustehende Imperium ging in vollem Umfang auf jeden der beiden Konsuln über; ihre Gewalt war aber durch das gegenseitige Interzessionsrecht beschränkt (unten § 7 d 2 *α*). Nur die priesterlichen Verrichtungen waren den Konsuln von vornherein entzogen und auf das collegium pontificum übergegangen, dessen Vorsteher (der pontifex maximus) für gewisse gottesdienstliche Verrichtungen einen Opferkönig, rex sacrificulus, zu ernennen hatte.

Allmählich erlitt das konsularische Imperium jedoch Einschränkungen, sowohl äußerlich durch Neuschaffung besonderer Ämter, auf welche einzelne Befugnisse der Konsuln übergingen (die Zensur 443 v. Chr. für die Einschätzung, unten § 8 c, die Prätur 367 für die Rechtspflege, unten § 8 b), als auch innerlich für die den Konsuln verbleibenden Amtshandlungen durch besondere Gesetze. Das erste dieser Gesetze ist die lex Valeria de provocatione (509 v. Chr.) des Konsuls P. Valerius Publicola[4]): Ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret; d. h. in der Stadt und innerhalb der ersten tausend Schritte vom pomerium (intra primum miliarium) soll gegen Urteile der Konsuln, welche Todes- oder Leibesstrafe verhängen, Berufung an den in den Zenturiatkomitien versammelten populus stattfinden. Dieser populus wird allmählich als Träger der höchsten Staatsgewalt (Souveränität) angesehen.

Eine weitere Beschränkung erhielt die Konsulargewalt durch die Einsetzung der tribuni plebis (494 v. Chr., Erfolg der ersten secessio plebis in montem sacrum) infolge des den Volkstribunen zugestandenen Einspruchsrechts (ius auxilii et intercessionis, unten § 8 d).

---

[4]) Als erste Konsuln werden L. Junius Brutus (angeblich tribunus celerum des Tarquinius Superbus und Führer des Aufstands) und L. Tarquinius Collatinus genannt. Letzterer soll wegen seiner Verwandtschaft mit der vertriebenen gens Tarquinia verdächtig geworden und abgesetzt, und es soll darauf als Ersatz-Konsul (consul suffectus) Publicola gewählt worden sein.

## III. Die Zwölftafelgesetzgebung.

Die Plebejer wurden seit Servius Tullius zwar als Staatsbürger anerkannt, ihre Rechte waren jedoch beschränkt, insbesondere war ihnen die Möglichkeit, Konsuln zu werden oder in die Priesterkollegien einzutreten, versagt.

In Streitfällen mit Patriziern empfanden sie die mangelnde Gleichberechtigung schwer. Das Recht war nicht geschrieben (unten § 31) und wegen seiner Verbindung mit dem fas nur den patrizischen pontifices bekannt. Den Prozeß leitete der patrizische Konsul (unten § 8 a), die Plebejer glaubten sich daher der patrizischen Willkür völlig preisgegeben. Ebenso empörten sie sich gegen das umfassende, den Konsuln in Strafsachen zustehende imperium, dessen Ausübung nicht immer durch rechtzeitige Interzession seitens eines Volkstribunen gehindert werden konnte.

Dem hiernach begreiflichen Verlangen der Plebejer nach geschriebenen Gesetzen und gesetzlicher Umgrenzung der Konsulargewalt gab ein Antrag des Volkstribunen C. Terentilius Arsa (462 v. Chr.) Ausdruck: Ut quinqueviri creentur legibus de imperio consulari scribundis. Erst zehn Jahre später (452) ging der Antrag mit der Änderung durch, daß decemviri consulari imperio legibus scribundis gewählt werden sollten. Schon vorher hatte die lex Aternia Tarpeia (454 v. Chr.) die Konsulargewalt durch Feststellung des zulässigen Höchstbetrages der konsularischen Vermögensbußen (multae) auf 2 Schafe und 30 Rinder beschränkt[5]).

Nachdem eine von dem Epheser Hermodorus geführte, zwecks Kenntnisnahme der Solonischen Gesetzgebung nach Athen gesandte Abordnung zurückgekehrt war, wurden 451 v. Chr. die Dezemvirn gewählt — ausschließlich Patrizier, an der Spitze Appius Claudius —, welche noch im selben Jahre die Hauptgrundsätze des öffentlichen und privaten Gewohnheitsrechts auf 10 Tafeln niederschrieben. Während

[5]) Multae wurden die wegen Ordnungswidrigkeit und Polizeivergehen verhängten Bußen genannt, weil sie in einer bestimmten Vielheit von Schafen oder Rindern, die an den Staat entrichtet werden mußten, bestanden.

ihrer Amtsdauer war sowohl die provocatio ad populum als die tribunizische Gewalt aufgehoben. Da Ergänzungen erforderlich erschienen, wurden 450 v. Chr. neue Dezemvirn — darunter wieder Appius Claudius, außerdem Spurius Oppius und auch drei Plebejer — gewählt. Diese stellten noch 2 Ergänzungstafeln zusammen, von Cicero wegen des in ihnen enthaltenen Eheverbots zwischen Patriziern und Plebejern „tabulae iniquarum legum" genannt. — Die 12 Tafeln wurden nach Bestätigung seitens des Senats und Annahme durch die Zenturiatkomitien als lex duodecim tabularum, meist „lex" schlechthin genannt, in Kupfer (nach Pomponius in Elfenbein) auf dem Forum aufgestellt[6]). Diese Originaltafeln sind im gallischen Brande 390 v. Chr. vernichtet worden. Auch von den erneuerten Tafeln ist nichts im Original erhalten, ebensowenig ist irgend eine zusammenhängende Abschrift überliefert. Über den Inhalt der 12 Tafeln vgl. unten § 16 d.

## II. Periode. Bis zum Ende der Republik (450—31 v. Chr).

### § 4. Allgemeine Übersicht über die Entwicklung.

a. Bis zur Ausgleichung der Stände (287 v. Chr.).

Die Dezemvirn hatten ihr Amt rechtswidrig auch für das Jahr 449 v. Chr. behalten. Das durch ihre Gewalttaten (Prozeß der Virginia, unten § 16 d, Ermordung des Volkstribunen Siccius Dentatus) erregte Volk besetzte den Aventin (zweite secessio plebis) und erzwang die Wiederherstellung der Verfassung, welche befestigt wurde durch die leges Valeriae Horatiae (448 v. Chr.):

---

[6]) Pro rostris, ut possint leges apertius percipi (D. 1, 2, 2, 4). Die Bezeichnung Rostra = Rednerbühne stammt daher, daß nach der Zerstörung von Antium 337 v. Chr. die Schnäbel der eroberten Schiffe auf der Rednertribüne des Forums aufgestellt wurden.

1. Ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet, qui creasset, eum ius fasque (menschliches und göttliches Recht) esset occīdi.

2. Ut qui tribunis plebis, aedilibus, iudicibus, decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset.

3. Ut quod tributim plebs iussisset, populum teneret[1]).

Nach Wiederherstellung der Ruhe begann der Ständekampf, d. h. der Kampf der Plebejer mit den Patriziern um die bürgerliche und staatsbürgerliche Gleichberechtigung.

Zuerst wurde das in einer der beiden Nachtragstafeln enthaltene Verbot der Ehe zwischen den beiden Ständen beseitigt durch die lex Canuleia 445 v. Chr.: ut connubia plebei cum patribus essent. Gleichzeitig beantragte der Volkstribun Canulejus die Zulassung der Plebejer zum Konsulat. Infolge eines Vergleichs wurde 444 eine neue, beiden Ständen zugängliche Würde, das Konsulartribunat, geschaffen (tribuni militum consulari imperio), welches nach jedesmaliger Bestimmung des Senats mit dem den Patriziern vorbehaltenen Konsulat abwechseln sollte. Gleichzeitig wurde vom Konsulat eine neue (bis 351 ausschließlich patrizische) Würde, die Zensur, abgetrennt. Errungen wurde die Befähigung zum Konsulate von den Plebejern durch das dritte der von den Volkstribunen C. Licinius Stolo und L. Sextius Lateranus durchgesetzten leges Liciniae Sextiae (367 v. Chr.):

1. Ut deducto eo de capite (Kapital), quod usuris pernumeratum esset, id quod superesset, triennio aequis portionibus persolveretur.

2. Ne quis plus quingenta iugera agri publici possideret.

3. Ne tribunorum militum comitia fierent consulumque utique alter ex plebe crearetur.

Um der Zulassung der Plebejer zum Konsulat einen Teil der Wirkung zu nehmen, wurde 367 als neue (jedoch

[1]) Vgl. über die Bedeutung dieses durch die lex Publilia Philonis (339) und Hortensia (287) wiederholten Satzes S. 61.

nur bis 337 patrizische) Würde die für die ganze fernere Rechtsentwicklung bedeutungsvolle Prätur geschaffen; daneben die kurulische Ädilität (unten § 8 b u. e).

In rascher Folge eroberten nunmehr die Plebejer alle Ämter. L. Sextius Lateranus, Amtskollege des Stolo, wird 366 erster plebejischer Konsul, C. Marcius Rutilus 356 erster plebejischer Diktator, 351 derselbe Zensor. 337 wird Q. Publilius Philo erster plebejischer Prätor. Er setzt während einer ihm übertragenen Diktatur die Leges Publiliae (339 v. Chr.) durch:

1. Ut plebiscita omnes Quirites tenerent (S. 60).
2. Ut legum quae centuriatis comitiis ferrentur patres ante initum suffragium auctores fierent (S. 61).
3. Ut alter utique ex plebe censor crearetur.

Die lex Ovinia (312?) gewährt den Plebejern den Eintritt in den Senat, die lex Ogulnia (300) die Zulassung zu den Priesterkollegien (Tiberius Coruncanius 254 erster plebejischer pontifex maximus). Mit einer lex Hortensia (287), welche nach der letzten secessio plebis in Ianiculum von neuem bestimmt: ut plebiscita universum populum tenerent, ist der Ständekampf beendet.

Vorbehalten bleiben den Patriziern die aus der Zugehörigkeit zu einer gens sich ergebenden Rechte (Erbrecht, Vormundschaft) und das Recht rex sacrorum und interrex zu werden. Zweifelhaft ist, ob die Plebejer je in die patrizischen Reiterzenturien (sex suffragia, S. 56) und in die Kuriatkomitien gelangt sind.

Anderseits haben die Plebejer ausschließlich das Recht zur Bekleidung des Volkstribunats. Deshalb findet zuweilen (Clodius) eine transitio ad plebem in der Weise statt, daß ein Patrizier sich von einem Plebejer arrogieren läßt. Das Umgekehrte kommt zur Zeit der Republik nicht vor. In der Kaiserzeit wird die Erhebung in den Patriziat häufig.

b. Bis zur Alleinherrschaft Octavians (31 v. Chr.).

Die eingetretene Gleichberechtigung zu den höheren Ämtern kam tatsächlich nur den vornehmsten plebejischen

Familien zu gute. Diese verschmolzen bald mit den Patriziern zu einem neuen Stande, einem Amtsadel (nobilitas, optimates). Ihm gehörten die patrizischen und diejenigen plebejischen Familien an, deren Mitglieder die hohen Staatsämter zu bekleiden pflegten. Für einen nicht aus einer solchen Familie stammenden Plebejer (homo novus, Cicero) war die Erlangung eines solchen Amtes zwar rechtlich möglich, tatsächlich jedoch sehr erschwert.

Die zur nobilitas gehörenden Familien haben das ius imaginum, d. h. das Recht, Wachsmasken verstorbener Vorfahren im atrium (Halle) aufzustellen und im Leichenzuge mitzuführen[2]).

In der nobilitas nehmen wieder diejenigen Familien eine bevorzugte Stellung ein, deren Häupter Senatoren sind. Aus ihnen bildete sich allmählich der ordo senatorius. Dieser Stand ist durch Ehrenrechte ausgezeichnet (tunica laticlavia, d. h. Untergewand mit breitem Purpursaume, calceus senatorius, d. h. roter Schuh, Sitze in der orchestra bei den ludi); auch werden bis zur lex Sempronia (S. 53) die iudices ausschließlich dem ordo senatorius entnommen. Anderseits sind die Senatoren auch Beschränkungen unterworfen: eine lex Claudia (218 v. Chr.) verbietet ihnen den Erwerb durch Seeschiffahrt, wie überhaupt der Betrieb von Erwerbsgeschäften, insbesondere die Pachtung der öffentlichen Einkünfte, vectigalia publica (unten § 8 c 4), als nicht standesgemäß gilt; ferner wird die Ehe eines Senators mit einer Freigelassenen als unschicklich angesehen.

Die optimates rissen allmählich alle Ämter an sich und bildeten, da sie auch den Senat gänzlich beherrschten, im 2. Jahrhundert v. Chr. eine völlige Oligarchie. Gegen ihre Macht richteten sich die Bestrebungen der genialen Führer der Volksmasse (populares), des Tiberius und des Gajus Sempronius Gracchus, welche in des ersteren lex agraria (133 v. Chr., unten § 16[4]) und in des letzteren

[2]) Die imagines befanden sich in Behältern, welche durch gemalte Linien verbunden und mit Aufschriften versehen, den Familienstammbaum (stemma) darstellten.

lex Sempronia iudiciaria (122 v. Chr.) zum schärfsten Ausdrucke gelangten.

Seit der eben genannten lex sondert sich von der dem ordo senatorius gegenüberstehenden Volksmasse eine Gesellschaftsklasse ab, welche bald einen selbständigen Stand bildet: ordo equester. Equites sind ursprünglich die durch ihr Vermögen zum Dienst in den Reiterzenturien berufenen Bürger. Die lex Sempronia iudiciaria überträgt die den Senatoren entzogenen Richterstellen, insbesondere in den quaestiones perpetuae, diesen equites. Von nun an rechnet man zum ordo equester alle Personen, die mit einem Vermögen von mehr als 400000 Sesterzen (S. 55[1]) zum Zensus herangezogen sind. Zum ordo equester zählen also die Reichen, soweit sie nicht dem ordo senatorius angehören. Dieser bildet den Amtsadel, jener die Geldaristokratie, deren Mitglieder ihr Vermögen durch Erwerbsgeschäfte, besonders durch gemeinsame Pachtung der Staatseinkünfte (societas publicanorum, S. 73[4]), außerordentlich vermehren.

Die Ritter erhalten bald auch einzelne Vorzugsrechte: das Recht zum Tragen des annulus aureus und der tunica angusticlavia (Unterkleid mit schmalem Purpursaum), sowie das ius sedendi in quatuordecim ordinibus (das Recht, bei den ludi die ersten 14 Sitzreihen hinter der orchestra, den Sitzen der Senatoren, einzunehmen).[3])

Den beiden bevorzugten Gesellschaftsklassen (honestiores, uterque ordo) steht das Volk (plebeii, humiliores, tenuiores) gegenüber. Über die politischen Abstufungen vgl. unten § 35.

Nach der Ermordung des C. Gracchus (121) wurde die Herrschaft der Optimaten und des Senats wiederhergestellt, bald aber von neuem durch den auf die populares sich stützenden Marius (100 v. Chr.) geschwächt. Auf

[3]) Zu einem besonderen Stande zwischen dem ordo equester und dem Volke scheinen sich auch die tribuni aerarii ausgebildet zu haben. Diese sind mit Auszahlung des Soldes an die in das Feld rückenden Bürger betraute Beamte. Mommsen hält sie für identisch mit den curatores tribuum, den Vorstehern der örtlichen Tribus, denen die Soldzahlung ursprünglich obgelegen habe.

Marius ist auch diejenige Verfassungsänderung zurückzuführen, welche den Schlüssel zu den politischen Ereignissen des letzten Jahrhunderts der Republik gewährt: die Ersetzung des Bürgerheers durch Söldnerheere.

Der Optimatenpartei erstand ein neuer Führer in L. Cornelius Sulla. Nach Beendigung des Bürgerkriegs (88—82) wurde Sulla durch eine lex Valeria (82) zum Diktator legibus scribundis et reipublicae constituendae mit zeitlich und sachlich unbeschränkter Macht ernannt. Er stellte nach Ächtung der Führer der populares die Macht des Senats und der Optimatenpartei durch eine Reihe von Gesetzen (leges Corneliae) wieder her. Insbesondere wurden den Senatoren die Richterstellen wieder übertragen, der Eintritt in den Senat wurde an die Bekleidung der Quästur geknüpft, den Tribunen der Mißbrauch des Interzessionsrechts und die Einbringung von Gesetzesvorschlägen ohne vorgängige Genehmigung des Senats untersagt.

Der durch die Neuerungen des Sulla geschaffene Zustand war jedoch nicht von langer Dauer. Es begann die Zeit der Militärherrschaften: zunächst des Pompejus (67 v. Chr.), dann der ersten Triumvirn (Pompejus, Cäsar, Crassus, 60 v. Chr.), bis endlich Cäsar nach Besiegung des Pompejus bei Pharsālus (48 v. Chr.) unter äußerlicher Erhaltung der Verfassung sich 44 v. Chr. gleichzeitig zum Diktator auf Lebenszeit, Konsul und Tribunen ernennen ließ und damit tatsächlich die Monarchie schuf. Nach seiner Ermordung (Iden des März 44) trat der Senat für kurze Zeit wieder leitend an die Spitze des Staats, bald kam die Staatsgewalt jedoch an die zweiten Triumvirn (Antonius, Octavian, Lepidus, 43 v. Chr.), bis nach der Seeschlacht von Actium (31 v. Chr.) Octavian eine dauernde Alleinherrschaft begründete (unten § 10).

## § 5. Die Komitien.

### a. Zusammensetzung.

Unter den Volksversammlungen Roms sind die contiones von den comitia zu trennen. Contiones sind un-

förmliche, der Auspizien nicht bedürfende, ungeordnete Versammlungen von Bürgern zur Besprechung öffentlicher Angelegenheiten, zB. eines Gesetzesvorschlags. Die staatsbürgerlichen Rechte übt das Volk dagegen in förmlichen Versammlungen aus, in denen die Bürger nach politischen Abteilungen gegliedert erscheinen. Je nachdem diese Gliederung nach Kurien, nach der Heereseinteilung (Zenturien) oder nach örtlichen Tribus geschieht, unterscheidet man comitia curiata, centuriata und tributa.

1. Die comitia curiata sind die Versammlungen des patrizischen populus nach den 30 curiae, den Unterabteilungen der Stammtribus (S. 45).

2. Die comitia centuriata gründen sich auf die von Servius Tullius zwecks der Besteuerung und der Heranziehung zum Militärdienste vorgenommene Einteilung aller Bürger in 193 Zenturien (ursprünglich Hundertschaften, centumviriae, dann bloße Stimmkörper). Das angesessene Volk (assidui) zerfällt nach dem Vermögen in 5 Klassen, deren jede eine Anzahl von centuriae umfaßt; die erste Klasse (100000 asses)[1]) ist in 80, die zweite (75000

[1]) As ist die römische Einheitsmünze. Die ältesten Asse waren Pfundasse (as libralis, aes grave), Stücke von $^5/_6$ römischen Pfund (327 Gramm) aus Bronze (Kupfer und Zinn). Das as zerfiel in 12 unciae. Die Römer liebten es, ein Ganzes mit dem Worte as zu bezeichnen und die Teile des as für entsprechende Teile des Ganzen zu verwenden (uncia $^1/_{12}$, sextans $^2/_{12} = ^1/_6$, quadrans $^3/_{12} = ^1/_4$, triens $^4/_{12} = ^1/_3$, quincunx $^5/_{12}$, semis $^6/_{12} = ^1/_2$, septunx $^7/_{12}$, bessis oder bes $^8/_{12} = ^2/_3$, dodrans $^9/_{12} = ^3/_4$, dextans oder decunx $^{10}/_{12} = ^5/_6$, deunx $^{11}/_{12}$, as $^{12}/_{12}$), zB. heres ex asse, Universalerbe, heres ex uncia, Erbe zu $^1/_{12}$ (I. 2, 14, 5, D. 28, 5, 50, 2). In späterer Zeit wurde das Gewicht des As auf 4 Unzen (asses trientarii), später auf 2 Unzen (asses sextantarii), dann auf 1 (asses unciarii), endlich auf $^1/_2$ Unze (asses semunciarii) herabgesetzt. In den oben angegebenen Minimalsätzen für die Klassen sind die Asse Sextantarasse. In Libralasse würden die Abstufungen 20000, 15000, 10000, 5000, 2500 sein und, bei Annahme eines iugerum zu 1000 Libralasse, einem Grundbesitze von 20, 15, 10, 5, $2^1/_2$ iugera entsprechen. Wahrscheinlich hat für die Zensuseinteilung ursprünglich der Grundbesitz als Maßstab gedient. Seit dem Jahre 269 v. Chr. wurden auch Silbermünzen geprägt, Denare und Sesterzen. Ein Silberdenar hatte 10 asses, der Sesterz, nummus schlechthin genannt, $2^1/_2$ asses (etwa 15 Pfennige). Sestertius

asses) in 20, die dritte (50000 asses) in 20, die vierte (25000 asses) in 20, die fünfte (12500 asses) in 30 Zenturien geteilt. Aus den Bürgern der ersten Klasse (classici)[2]) werden noch 18 Reiterzenturien entnommen, von denen 6 (die sex suffragia) ausschließlich den Patriziern vorbehalten sind. Zwischen der ersten und der zweiten Klasse stehen 2 centuriae fabrorum: tignarii (Zimmerleute) und ferrarii (Schmiede), sowie 2 Zenturien cornicines (Hornbläser) und tubicines (Trompeter). Endlich werden die nicht angesessenen Tagelöhner, Krämer, Freigelassenen (proletarii)[3]) zu einer centuria capite censorum vereinigt. Jede der Klassen enthält gleichviel Zenturien iuniores, 17—46 Jahr Alte, für den Felddienst und seniores, 47—60 Jahr Alte, für den Besatzungsdienst.

Diese Zenturieneinteilung beruht auf dem Gedanken, die Größe der Teilnahme an den politischen Rechten nach der Höhe der Leistungen für das Gemeinwohl zu bestimmen. Je höher die Klasse, desto höher ist der tributus (S. 59) und desto teurer die von dem einzelnen zu stellende Kriegsausrüstung. Um so geringer ist aber anderseits die Zahl derjenigen, welche eine Zenturie ausmachen; desto mehr fällt also die Stimme des einzelnen ins Gewicht[4]).

---

kommt von semis tertius, drittehalb; abgekürzt wird er mit *HS* bezeichnet, entstanden aus *IIS* = duo et semis. Steht in den Quellen eine Kardinalzahl, so sind „tausende Sesterzen" zu ergänzen, also centum dato = 100000 *HS*; steht ein Numeraladverbium, so sind „hunderttausende Sesterzen" gemeint, also quater *HS* = 400000 Sesterzen. Goldmünzen erschienen zuerst um 200 v. Chr. Seit Cäsar wurden sie nach dem Goldgewicht geprägt. Ein aureus war $^1/_{40}$ Pfund Gold. Konstantin ließ eine Goldmünze, solidus, zu $^1/_{72}$ Pfund ausprägen, dem 24 Silbersiliquae entsprechen: vgl. auch unten § 90 b.

[2]) Den classici gegenüber heißen die den übrigen Klassen Angehörenden „infra classem".

[3]) Personen, die nur eine proles, Nachkommenschaft, kein steuerpflichtiges Besitztum beim Zensus angeben, also „Kindererzeuger". Manche leiten proletarii von pro und letum (Tod) her, weil aus ihnen die Ersatzmannschaft genommen wurde.

[4]) Ein ähnliches („plutokratisches") Prinzip gilt bei den Wahlen in den Reichsrat und die Landtage bezüglich der Wählerklasse des Großgrundbesitzes.

Die Verteilung der Bürger auf die einzelnen Klassen geschieht durch den Zensor gelegentlich des quinto quoque anno, also alle 5 (früher alle 4) Jahre stattfindenden Zensus. Den Schluß des Zensus bildet ein Reinigungsopfer (lustrum), nach welchem der Zeitraum von 5 Jahren ebenfalls „lustrum" benannt wird. Der Zensus ist zugleich Volkszählung und Vermögenseinschätzung nach dem Systeme der Selbsteinschätzung. Ursprünglich unterliegt ihm jedenfalls nur die familia[5]) im engeren Sinne, d. h. der fundus Italicus, Rustikalservituten (iter, actus, via, aquaeductus), Sklaven und die animalia quae collo dorsove domantur, später das gesamte Vermögen[6]).

---

[5]) Familia im weiteren Sinn umfaßt alle der hausherrlichen Gewalt eines Menschen unterworfenen Personen und Sachen, im engern Sinne die oben aufgeführten Sachen, also das altitalische Bauerngut mit seinen wesentlichen Zubehörungen. Alle sonstigen Vermögensstücke, insbesondere das Herdenvieh, welches nicht zum Betriebe des Guts dient, werden als „pecunia" (von pecus) der „familia" entgegengestellt; das Gesamtvermögen wird als familia pecuniaque bezeichnet. Später werden beide Ausdrücke auch einzeln für Vermögen gebraucht. Familia bedeutet auch die Familie im heutigen Sinne, zuweilen auch die Gesamtheit der Sklaven, D. 50, 16, 195. Die „familia" im obigen Sinn ist privatrechtlich insofern von Bedeutung, als die dem Zensus unterliegenden Sachen „res mancĭpi" (oder mancipii) sind, d. h. wegen des obwaltenden öffentlichen Interesses nur durch einen öffentlichen Akt (mancipatio oder in iure cessio, unten § 31) zu Eigentum übertragen werden können, während für die übrigen Sachen (res nec mancĭpi) eine formlose Übergabe (traditio) genügt; vg. unten §§ 38 c, 118 b, 1, 120 a 1.

[6]) Die Zenturieneinteilung hat später Veränderungen erlitten. Zunächst scheinen in der centuria capite censorum Abstufungen eingetreten zu sein, dergestalt, daß aus den zu mehr als 4000 As Eingeschätzten eine centuria accensorum gebildet wurde, während die Ärmeren in eine besondere centuria proletariorum eingereiht wurden. Diejenigen, welche nicht einmal 375 As im Vermögen hatten (capite censi), scheinen bis auf Marius überhaupt nicht zum Kriegsdienst herangezogen worden zu sein, hatten also jedenfalls in den Zenturiatkomitien kein Stimmrecht, wahrscheinlich auch nicht in den Tributkomitien. — Ferner ist, wie Livius berichtet, „post expletas quinque et triginta tribus", also nach 241 v. Chr., eine Verbindung der Zenturien mit den Tribus eingetreten. Wahrscheinlich wurde jede Tribus in die fünf Vermögensklassen und jedes so entstandene Tribus-

3. Die comitia tributa sind Versammlungen des Volks nach örtlichen Tribus. Zu den von Servius Tullius bestimmten 15 tribus rusticae kamen bis zum Jahre 241 v. Chr. mit der Erweiterung des Staatsgebiets 16 neue hinzu, so daß nunmehr die Gesamtzahl der Tribus 35 betrug (4 tribus urbanae, 31 tribus rusticae). Die später als Bürger aufgenommenen Völker wurden in diese 35 Tribus verteilt. Ursprünglich blieb jeder in derjenigen Tribus, welcher er durch seine Herkunft angehörte, d. h. in welcher sein Gewalthaber angesessen war. Uneheliche Kinder wurden in die städtische tribus Collina eingereiht. Erst Appius Claudius Cäcus[7]) führte als Zensor (312 v. Chr.) Freizügigkeit ein, d. h. er reihte jeden Bürger in die von demselben gewählte Tribus ein, selbst die humillimi, d. h. die Freigelassenen, welche bis dahin vermutlich überhaupt nicht in die Tribuslisten eingeschrieben waren. Diese überstürzte Reform, welche nach Livius forum et campum corrupit, räumte der „forensis turba" der humillimi einen so gewaltigen Einfluß ein, daß die Zensoren des Jahres 304 v. Chr. (Qu. Fabius Maximus Rullianus und P. Decius) sich genötigt sahen, die Zulassung der libertini auf die 4 tribus urbanae zu beschränken, welche von nun an als weniger vornehm galten, als die tribus rusticae.

Auf Grund der von Tribusvorstehern, curatores tribuum, tribuni aerarii, aufgestellten Listen der tribules

---

fünftel wieder in je eine centuria seniorum und iuniorum geteilt. Während also bisher die zu einer Zenturie gehörenden Bürger den verschiedensten Tribus entstammten, setzte sich nunmehr jede der neuen 350 Zenturien aus Bürgern derselben Tribus zusammen, wodurch eine engere Verbindung der Angehörigen der gleichen Zenturie hergestellt wurde. So aufgefaßt, hätte die Reform einen demokratischen Charakter gehabt. Denn während bisher die 98 Zenturien der classici, sofern sie einig waren, die absolute Majorität hatten, waren nunmehr nur 70 Zenturien classici vorhanden, welche keinen entscheidenden Einfluß mehr ausüben konnten.

[7]) Einer der berühmtesten älteren Juristen, Erbauer der Via Appia und der Aqua Claudia, Erfinder des Buchstabens R, Urheber des von Flavius veröffentlichten ius Flavianum (unten § 31). Vgl. Pomponius (welcher ihn Centemmanus benennt) D. 1, 2, 2, 36.

werden die Zensuslisten gebildet, so daß die Aufnahme in eine Tribusliste Voraussetzung der Stimmfähigkeit sowohl in den Zenturiat- als in den Tributkomitien ist[8]).

Dieselben Listen sind auch maßgebend für die Festsetzung des tributus, einer außerordentlichen Kriegssteuer, welche gewöhnlich mit 1 vom Tausend (tributus simplex), in Zeiten der Not mit einem höheren Satz eingefordert wird. Seit 168 v. Chr. wurde infolge der Beute des III. makedonischen Krieges bis auf Diokletian ein tributus nur ein einziges Mal (43 v. Chr.) erhoben.

Unter den Tribusversammlungen des Volks muß man unterscheiden:

α. die comitia tributa im eigentlichen Sinne, d. h. Versammlungen des gesamten populus (Patrizier und Plebejer) nach örtlichen Tribus. Ihre Beschlüsse heißen populiscita.

β. Die concilia plebis, später gleichfalls comitia tributa genannt: Versammlungen der plebs, an welchen die Patrizier erst teilnahmen, nachdem durch die lex Hortensia die Geltung der plebeiscita für den ganzen populus festgestellt war (S. 61).

### b. Zuständigkeit.

1. Die comitia curiata verlieren seit dem Inkrafttreten der Zenturiatkomitien fast ihre ganze Zuständigkeit. Ihnen verbleibt nur die Erteilung der lex curiata de imperio an die in den Zenturiatkomitien gewählten höheren Beamten, was bald zu einer Form herabsinkt, und die Mitwirkung bei gewissen Rechtsgeschäften sakraler Natur, nämlich der arrogatio (Annahme an Kindes Statt) und der Testamentserrichtung. Zu diesen Zwecken treten sie auf Berufung (calare) des pontifex maximus zusammen (daher comitia calata, testamentum calatis comitiis, unten § 31). Gegen

[8]) Daher wurden auch die des Bürgerrechts durch den Zensor verlustig erklärten und zu aerarii gemachten Bürger in der Tribusliste gestrichen (tribu movere) und in besondere Listen (tabulae Caeritum) eingetragen (unten § 35 c 2).

Ende der Republik kommen an Stelle der patres nur noch 30 die ordnungsmäßige Ladung feststellende Liktoren und die pontifices zusammen, vor denen diese Rechtsgeschäfte vorgenommen werden.

2. Die comitia centuriata (iusta comitia, comitiatus maximus) sind die wahren Träger der Volkssouveränität. Sie sind **zuständig**: *α.* für die **Beschlußfassung** über Krieg und Frieden; *β.* für die **Wahl der höheren** Magistrate (Konsuln, Prätoren, Zensoren); *γ.* für die **Urteilsfällung** de capite civis; *δ.* für die **Gesetzgebung** (iussa populi, leges). Die Gesetze und die Wahlen der Zenturiatkomitien bedurften ursprünglich der auctoritas patrum, d. h. der Bestätigung durch den Senat (nach Niebuhr durch die Kuriatkomitien). Dieses Erfordernis wurde beseitigt: für die Gesetze durch die lex Publilia (339 v. Chr., S. 51), nach welcher die Bestätigung des Senats vor der Abstimmung zu erfolgen hatte, also zu einer leeren Form wurde, — für die Wahlen durch eine lex Maenia (nach 287 v. Chr.).

3. Die comitia tributa des gesamten populus, comitia leviora, sind **zuständig**: *α.* für die **Wahl der niederen** Magistrate (kurulische Ädilen, Quästoren, vigintisexviri, unten § 7 b); *β.* für die **Berufung** gegen Verhängung einer Vermögensstrafe (multa) seitens eines **nicht plebejischen** Magistrats; *γ.* für die **Gesetzgebung**, und zwar ohne daß die Gesetze (populiscita) der Bestätigung des Senats unterliegen[9]).

4. Die concilia plebis sind **zuständig**: *α.* für die **Wahl der Volkstribunen** und plebejischen Ädilen (seit der lex Publilia Voleronis, 471 v. Chr.); *β.* für die **Berufung** gegen Verhängung einer Vermögensstrafe (multa) durch einen **plebejischen** Beamten; *γ.* für die **Gesetzgebung** (plebeiscita). Ursprünglich wurden in den

[9]) So ist zB. die lex Quinctia de aquaeductibus (39 v. Chr.) ein in patrizisch-plebejischen Tributkomitien zustande gekommenes populiscitum. Überhaupt benutzten die Magistrate später lieber die Tribut- als die formelleren Zenturiatkomitien.

concilia plebis nur Angelegenheiten der plebs besprochen; die Plebiszite[10]) waren für die Patrizier nur bindend, wenn a. der Senat vorher eingewilligt hatte und b. die Zenturiatkomitien zustimmten. Durch 3 Gesetze (die lex Valeria Horatia 448, lex Publilia 339 und lex Hortensia 287 v. Chr.) soll ziemlich gleichlautend ausgesprochen sein, daß die Plebiszite für das ganze Volk maßgebend seien. Über die Bedeutung dieser 3 Gesetze herrscht Streit.

c. Geschäftsordnung.

1. Ort. Die Kuriatkomitien treten auf dem comitium[11]), die Zenturiatkomitien auf dem campus Martius zusammen; für die Tributkomitien wechselt der Versammlungsort (Forum, Kapitol, Marsfeld).

2. Zeit. Die Abhaltung der Komitien ist nur an bestimmten, im römischen Kalender mit C (= dies comitialis) bezeichneten Tagen zulässig.

Ganz unbrauchbar sind die dies nefasti, die von den pontifices aus religiösen oder politischen Gründen für unheilig erklärten Tage, an welchen kein öffentliches Geschäft (also auch kein lege agere, Verhandeln in iure, unten § 31) stattfinden darf. Unbrauchbar sind wegen des frühzeitigen Beginns der Komitien auch die dies intercisi, d. h. Tage, an welchen nur zu gewissen Stunden um die Mitte des Tages öffentliche Geschäfte vorgenommen werden dürfen. Von den dies fasti scheiden wieder die Kalenden, Nonen, Iden und die nächsten auf dieselben folgenden Tage (dies

[10]) In der Gegenwart bezeichnet man mit „Plebiszit" einen durch allgemeine Abstimmung erzielten Volksbeschluß. Die Anhänger des Nationalitätsprinzips (S. 3) halten für jede Gebietsabtretung die Zustimmung der Bevölkerung mittels Plebiszits für erforderlich. So verpflichtete sich zB. im Prager Frieden 1866 Preußen auf Einmischung Frankreichs, die nördlichen Distrikte von Schleswig an Dänemark abzutreten, sofern deren Bevölkerung durch freie Abstimmung einen derartigen Wunsch zu erkennen geben würde. Dieser Vorbehalt wurde im Einverständnisse mit Österreich 1878 beseitigt.

[11]) Von coire; comitium bedeutet den zwischen Palatin und Quirinal gelegenen, später einen Teil des forum Romanum bildenden Platz, auf welchem Ramnes und Tities ursprünglich zusammenkamen.

postriduani) aus, weil diese vorzugsweise für Gerichtsverhandlungen bestimmt sind, außerdem die feriae, die allgemeinen Feiertage, und die Tage der ludi. An Markttagen (nundinae)[12]) sind nur concilia plebis zulässig. Hiernach gibt es im ganzen nur 190 dies comitiales.

3. Recht zur Berufung. Die Kuriatkomitien werden von einem magistratus maior cum imperio (Konsul, Diktator, Prätor), sofern sie jedoch als comitia calata in Wirksamkeit treten sollen (S. 59), durch den pontifex maximus berufen.

Die Zenturiatkomitien als exercitus urbanus können ebenfalls nur von einem magistratus maior cum imperio berufen werden. Will ein Tribun eine vor diese gehörende Kriminalanklage erheben, so hat er den Prätor um die Berufung zu ersuchen. Die comitia tributa (des Gesamtvolks) werden von den höheren Magistraten und, sofern es sich um Auferlegung einer Vermögensbuße (multae irrogatio) handelt, von den kurulischen Ädilen berufen. Die concilia plebis tributa können nur von den Volkstribunen und bei multae irrogatio von den plebejischen Ädilen berufen werden.

Zwischen dem Berufungstag und dem Tage der Komitien muß ein trinundinum (3 römische Wochen = 24 Tage) liegen, damit der bei der Berufung kundzugebende Gegenstand der Beratung vorher in contiones (S. 54) besprochen werden kann (suasores, dissuasores).[13]) In den comitia selbst ist jede Diskussion unzulässig.

4. Verlauf der Versammlung. Vor Beginn der Komitien werden Auspizien eingeholt, in späterer Zeit selbst bei den concilia plebis tributa. Sind diese günstig, so stellt nach Eröffnung der comitia der dieselbe leitende Beamte die rogatio, d. h. eine formelle, die Vorlage enthal-

---

[12]) Nundinus = nonus dies; vgl. unten § 53 b.

[13]) Für Gesetzesvorschläge wurde diese promulgatio von neuem eingeschärft durch die lex Caecilia Didia 98 v. Chr.; ähnlich heute HGB. Art. 189 (Ankündigung der Verhandlungsgegenstände bei Generalversammlungen der Aktiengesellschaften).

tende Frage, mit den Worten: Velitis iubeatisne (Text der Vorlage mit ut oder Acc. cum Inf.); haec ita, ut dixi, vos Quirites rogo. Hierauf treten die Bürger unter Abgabe ihrer Stimme einzeln in umzäunte Abteilungen, (saepta, ovilia) ein, deren jede einen Stimmkörper (Curia, Centuria, Tribus) aufnimmt. Die Abstimmung erfolgte ursprünglich mündlich; durch die leges tabellariae (lex Gabinia, 139 v. Chr., für die Wahlen, lex Cassia, 137 v. Chr., für die Urteilsfällung, lex Papiria, 131 v. Chr., für die Gesetze) wird geheime Abstimmung per tabellas eingeführt. Tabellae sind Wachstäfelchen, welche beschrieben werden: bei Wahlen mit dem Namen des Kandidaten; bei Gesetzen mit UR = uti rogas, „ja" — oder A = antiquo (sc. legem), ich lasse es beim alten, „nein"; bei Urteilen mit A = absolvo, C = condemno, NL = non liquet (letzteres bestreitet Mommsen). Die Abstimmung jedes Stimmkörpers, innerhalb dessen absolute, bei Wahlen relative Mehrheit entscheidet, wird vom Vorsitzenden verkündet (renuntiatio).

In den Kuriat- und den Tributkomitien stimmen alle Kurien oder Tribus[14]) gleichzeitig. In den Zenturiatkomitien hatten vor der Reform (S. 57[6]) die 18 centuriae equitum das Vorstimmrecht (centuriae praerogativae). Erst nach Verkündigung des in ihnen erzielten Ergebnisses stimmten die übrigen Zenturien der ersten Klasse und so fort. Die Abstimmung wurde jedoch nur fortgesetzt, bis die rogatio die absolute Mehrheit (also von den 193 Zenturienstimmen 97) für oder gegen sich hatte, so daß bei Einigkeit der classici die Zenturien infra classem überhaupt nicht mehr zum Stimmen gelangten. Mit der Reform ist das Vorzugsrecht der Ritterzenturien fortgefallen. Der Vorsitzende lost nunmehr aus den 70 erstklassigen Zenturien eine centuria praerogativa aus; nachdem deren Abstimmungsresultat verkündet ist, kommen sämtliche übrigen Zenturien

[14]) Bei Feststellung des Gesamtresultats wird eine Tribus ausgelost; diese (tribus quae principium fuit) und der Name desjenigen, der in ihr zuerst gestimmt hat, werden bei Gesetzen im Eingang erwähnt.

der Klassenfolge nach zur Abstimmung[15]), auch wenn bereits die Mehrheit erreicht ist.

## § 6. Der Senat.

### a. Zusammensetzung.

Zu den 300 patrizischen Senatoren der Königszeit nahmen die ersten Konsuln Plebejer in den Senat auf. Daher die Anrede: patres [et] conscripti. Durch eine lex Ovinia (351? 312?) wurde die bis dahin von den Konsuln vorgenommene lectio senatus den Zensoren mit der Anweisung übertragen: ut ex omni ordine optimum quemque iurati in senatum legerent. Ob mit „omnis ordo" die Stände (Patrizier und Plebejer) oder die Klassen der gewesenen Magistrate gemeint sind, ist streitig. Jedenfalls werden seither in der in jedem lustrum neu zu bildenden Senatsliste zuerst die bisherigen Senatoren, dann die gewesenen Magistrate nach der üblichen Rangordnung (Konsuln, Prätoren, Zensoren, kurulische Ädilen, später auch Tribunen und Quästoren) berücksichtigt. In der Senatsliste steht an erster Stelle der princeps senatus, der älteste der gewesenen Zensoren. Zuletzt kommen die adlecti, d. h. vom Zensor in den Senat gewählte Personen, welche Ämter noch nicht verwaltet haben[1]).

Die Zahl der Senatoren war bis Cäsar auf 1000 angewachsen, Augustus führte sie auf 600 zurück. Die aetas senatoria war zu Ende der Republik 28 Jahre (nämlich die aetas quaestoria). Der erst (von Augustus eingeführte) census senatorius betrug 800000, später eine Million Sesterzen.

---

[15]) Die Versammlung kann resultatlos bleiben, wenn ein Volkstribun interzediert oder der zugezogene Augur schlechte Zeichen meldet (obnuntiatio).

[1]) Diese adlecti, magistratibus curulibus nondum functi, hießen pedarii oder pedanei, entweder weil sie zu Fuß in den Senat gingen, oder weil sie nur pedibus in alienam sententiam eundo, d. h. ohne ihre Abstimmung begründen zu dürfen, stimmten.

b. Zuständigkeit.

Der Senat hat kein imperium; er kann daher nicht iubere, sondern nur consulere (Senatus Consultum = SC.).

Dem Namen nach bleibt auch während der zweiten Periode noch der ganze populus Träger der Souveränität, tatsächlich tritt aber der Senat, rechtlich ein bloßes Organ der Staatsgewalt, an seine Stelle. Besonders steht ihm die Leitung des Staats in der auswärtigen Politik (Senatus populusque Romanus = SPQR), bei der Geschäftsverteilung und bezüglich der Verwendung der Staatsgelder zu. Über die Gesetzgebung des Senats ist später zu sprechen (unten § 17).

c. Geschäftsordnung.

1. Die Berufung des Senats erfolgt seitens eines Konsuls oder Prätors, später auch eines Volkstribunen. Versammlungsort ist regelmäßig die das comitium von dem übrigen Teile des Forums abschließende curia hostilia. Regelmäßige Sitzungstage sind die Kalenden und Iden[2]), senatus legitimus, im Gegensatze zum senatus indictus (ähnlich wie im deutschen Recht „ungebotenes und gebotenes Thing"). Die Senatssitzungen finden bei offenen Türen, aber ohne Zulassung von Publikum statt. Nur praetextati (Senatorensöhne, welche die toga praetexta tragen dürfen) sind zwecks ihrer Ausbildung zugelassen[3]).

2. Gang der Versammlung. Die Sitzung beginnt mit dem Vortrag eines mit dem ius referendi ausgestatteten Magistrats über den zu beratenden Gegenstand. Dann erfolgt das sententias rogare und dicere seitens der zur Begründung ihrer Abstimmung berechtigten Mitglieder

---

[2]) Die Iden fallen auf den 13., in den Monaten März, Mai, Juli, Oktober („Milmo") auf den 15. des Monats.

[3]) Vgl. ähnlich Gesch.Odg. § 181: „Bei der Beratung und Abstimmung dürfen außer den zur Entscheidung berufenen Richtern nur die bei demselben Gerichte zu ihrer juristischen Ausbildung beschäftigten Personen zugegen sein".

und unter Umständen bei Meinungsverschiedenheiten eine Erörterung (altercatio), endlich die Abstimmung durch Auseinandertreten (itio in partes, discessio). Der angenommene Vorschlag heißt senatus auctoritas und wird erst durch die Verkündigung des Ergebnisses seitens des leitenden Beamten, welche noch durch Interzession eines Volkstribunen gehindert werden kann, zum senatus consultum.

Das senatus consultum (zuweilen auch die senatus auctoritas) wird nach der Sitzung von dem leitenden Magistrat unter Zuziehung mehrerer Senatoren („scribendo adfuerunt") aufgezeichnet. Protokolle[4]) (acta diurna) werden erst von Cäsar eingeführt.

Aufbewahrt werden die Senatsbeschlüsse im Tempel der Ceres unter Aufsicht der plebejischen Ädilen, später im aerarium unter Aufsicht der Quästoren.

## § 7. Die Staatsämter.

a. Begriff. Das Wort Amt wird in einer doppelten Bedeutung angewendet. Einmal bezeichnet es einen durch das öffentliche Recht festgestellten Kreis von öffentlichen Befugnissen und Pflichten (zB. das „Richteramt"), anderseits auch das solche Befugnisse ausübende Organ des Staats (zB. das Steueramt).

In letzterem Sinn ist Amt gleichbedeutend mit Behörde. Die Mitglieder der Behörden heißen Beamte. Die Behörde ist eine dauernde Einrichtung, die Beamten können wechseln.

Der lateinische Ausdruck magistratus bedeutet sowohl

---

[4]) Πρωτόκολλον, von πρῶτος und κολλάω leimen, hieß nach Justin. Recht das erste Blatt der zur Beurkundung notarieller Verhandlungen ausschließlich zu verwendenden Papierrollen, deren Herstellung ein Monopol der kaiserlichen Papierfabriken war. Dies erste Blatt mußte den Namen des jeweiligen Finanzministers und das Datum der Herstellung der Rolle tragen (Nov. 44, 2). Heute nennt man die von einem Beamten (Richter, Notar, Gerichtsschreiber) aufgenommene Urkunde selbst „Protokoll" (vgl. zB. CPO. § 207 ff., StPO. §§ 271, 272, 452 Z. 7).

das Amt als den Beamten. Dem magistratus im Sinne von öffentlichem Amte steht das munus publicum, die jedem Bürger obliegende Pflicht zu gewissen Leistungen (Vormundschaft, Geschworenendienst), gegenüber.

Bezeichnend für das römische Amt im Gegensatze zum modernen ist sein ehrenamtlicher Charakter. Dieser hat nachhaltig eingewirkt auf die Entwicklung der römischen Republik als einer Aristokratie. Denn begreiflicherweise konnten nur Bemittelte unbesoldet ihre Zeit — bei den höheren Ämtern auf mindestens 2 Jahre — in den Dienst der Gesamtheit stellen[1]). Anderseits hat die Unentgeltlichkeit des Amts auch die großen Ausschreitungen der Beamten, besonders die Erpressungen gegen die Provinzialen, gezeitigt.

b. Einteilung.

1. Magistratus maiores sind die Konsuln, Prätoren, Zensoren und als magistratus extraordinarii Diktatoren, Interreges, Dezemvirn, Triumvirn. Sie werden in den Zenturiatkomitien gewählt. Während ihrer Amtszeit können sie weder civilrechtlich noch strafrechtlich verfolgt werden[2]). Magistratus minores, welche in den Tributkomitien gewählt werden, sind die Quästoren, Ädilen und eine Anzahl von Beamten, die mit der Bezeichnung vigintisexviri zusammengefaßt werden, darunter das Richterkollegium der decemviri [st]litibus iudicandis.

2. Magistratus curules sind diejenigen Beamten, welche bei Ausübung ihres Amts auf der sella curulis (einem Elfenbeinstuhle mit Riemengeflecht ohne Rücken- und

---

[1]) Auch das moderne Verwaltungsrecht, besonders in England, kennt das unbesoldete Ehrenamt. Abgesehen von gewissen Garantien der Unabhängigkeit, die es bietet, stellt es auch die Form der Beteiligung des Volks an der staatlichen Verwaltung dar: Selbstverwaltung im eigentlichen, von England überkommenen Sinne (Friedensrichter). Vgl. S. 77[2] über eine andere den gleichen Namen führende Einrichtung (Verwaltung der Kommunen durch eigene Organe).

[2]) Eine ähnliche die Abgeordneten vor Strafverfolgung schützende Bestimmung enthält § 16 des Ges. vom 21. Dezember 1867, RGB. Nr. 141.

Seitenlehne) zu sitzen berechtigt sind. Dies sind die magistratus maiores und die kurulischen Ädilen, welche deshalb mit dem Ausdruck „kurulische Beamte" zusammengefaßt werden.

c. Wählbarkeit. Fähig zur Bekleidung von Staatsämtern sind nur männliche, wehrfähige Vollbürger; ausgeschlossen sind Freigelassene, Tagelöhner, Infame (S. 73[3]). Der Kandidat (candidatus von der weißen Toga, die er zu tragen pflegte) muß ein trinundinum vor der Wahl sich melden. Durch die lex Villia annalis (180 v. Chr.) wird festgesetzt, daß die Ämter in bestimmter Reihenfolge zu bekleiden sind, zuerst die Quästur nach 10jährigem Kriegsdienst, also frühestens mit 28, die Prätur mit 40, das Konsulat mit 43 Jahren.

Sofortige Wiederwahl (continuatio magistratus) ist nur bei Tribunen möglich. Häufig werden aber gewesene Konsuln und Prätoren pro magistratu verwendet, insbesondere später zur Verwaltung der Provinzen (S. 77). Dagegen ist nach Ablauf einer gewissen Zeit iteratio bei allen Ämtern zulässig[3]).

d. Die Amtsgewalt ist imperium oder potestas. Imperium ist die höchste amtliche Machtvollkommenheit, welche nur insoweit eingeengt ist, als verfassungsmäßige Schranken vorhanden sind; potestas dagegen ist eine nur auf gewisse Befugnisse sich erstreckende, von vornherein genau umschriebene mindere Gewalt.

1. Das imperium kann umfassen: α. das imperium militare, β. das imperium merum sive gladii potestas, d. h. die Gerichtsbarkeit in Strafsachen, γ. das imperium mixtum (sc. cum iurisdictione), d. h. eine magistratische Vollstreckungs- und Befehlsgewalt, δ. die iurisdictio, d. h. die Rechtspflege. Diese kann wieder sein (unten § 32):

a. iurisdictio contentiosa, Rechtsprechung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten; und

---

[3]) Unstatthaft ist die gleichzeitige Bekleidung zweier ständiger Ämter. Heute spricht man bei der Unvereinbarkeit mehrerer Ämter in einer Person von „Inkompatibilität".

b. iurisdictio voluntaria oder legisactio, magistratische Mitwirkung bei der Begründung, Veränderung und Aufhebung von Rechtsverhältnissen[4]).

Magistratus cum imperio waren, abgesehen von den außerordentlichen Beamten, anfänglich nur die Konsuln. Ihnen tritt 367 v. Chr. der Prätor an die Seite, dessen imperium militare jedoch ruht. Alle anderen Beamten, auch die zu den höheren Beamten zählenden Zensoren, haben nur potestas. Eine Trennung der Gewalten, insbesondere eine scharfe Scheidung zwischen Justiz und Verwaltung (S. 10) hat in Rom nie bestanden.

2. Allen Beamten sind gewisse Befugnisse gewährt:

a. Das ius intercedendi gegen Amtshandlungen

---

[4]) Der Magistrat übt der Regel nach die Jurisdiktion selbst aus, iurisdictio ordinaria. Er ist aber auch befugt, die Ausübung derselben entweder allgemein, iurisdictio mandata, oder für einen einzelnen Fall, iurisdictio delegata, einem Andern zu übertragen. Nicht übertragbar ist die durch das imperium merum und durch besondere Gesetze verliehene Gewalt, zB. die Obervormundschaft (D. 1, 21, 1, pr.). Nach heutigem Staatsrechte hat jeder Beamte seine Amtspflichten persönlich zu erfüllen, kann also grundsätzlich nicht einem andern, wenn auch gleichbefähigten Beamten die Vornahme einer Amtshandlung übertragen, es sei denn, daß das Gesetz ihn hierzu ermächtigt. Vgl. zB. GOG. § 3 Abs. 2: den richterlichen Hilfsbeamten, d. i. den Gerichtssekretären und Gerichtsadjunkten, solange ihnen nicht das Stimmrecht erteilt wurde, oder sie nicht als Einzelrichter bestellt sind, und den Auskultanten können alle jene Geschäfte des streitigen oder außerstreitigen Verfahrens sowie des Strafverfahrens übertragen werden, welche nicht eine richterliche Entscheidung enthalten. Die Geschäfte des Untersuchungsrichters, des beauftragten oder ersuchten Richters dürfen Auskultanten nicht übertragen werden.

Die Art der Verwendung der richterlichen Hilfsbeamten bestimmt nach GOG. §§ 26 und 44, mangels einer anderweitigen Verfügung des Oberlandesgerichtspräsidenten, der Vorsteher des Gerichtes.

Die Verteilung der Geschäfte unter die Einzelrichter eines Bezirksgerichtes obliegt dem Bezirksrichter und zwar sind die Geschäfte nach den vom Justizministerium festgestellten Grundsätzen (vgl. GeschOdg. §§ 17—20) zu verteilen.

Die Gültigkeit der Amtshandlungen eines Einzelrichters wird dadurch nicht berührt, daß dieser Akt nach der Geschäftsverteilung von einem anderen Einzelrichter desselben Bezirksgerichtes vorzunehmen gewesen wäre (GOG. § 26).

von gleichgestellten oder untergeordneten Beamten; den Volkstribunen steht dieses Recht gegen alle Beamten mit Ausnahme der außerordentlichen zu.

β. Das ius coercitionis, d. h. Zwangs- und Strafgewalt gegen die Person (ius prensionis) oder das Vermögen (pignoris capio, multae dictio), gegen welche römischen Bürgern (nicht aber den Weibern) in bestimmten Grenzen die Berufung an die Komitien freisteht[5]). Zwecks

---

[5]) Auch das moderne Recht muß den Beamten Straf- und Zwangsbefugnisse verleihen, um ihre gesetzmäßigen Befehle, insbesondere die von ihnen erlassenen Urteile, zur Durchführung zu bringen. In Strafsachen ist die Strafvollstreckung in den Fällen, wo eine Strafe in einer Strafanstalt zu verbüßen ist, dem Staatsanwalte (StPO. § 405 und Vollzugsvorschrift zur StPO. § 76), in allen anderen Fällen dem Vorsteher jenes Gerichtes übertragen, welches in der Sache in erster Instanz erkannt hat (StPO. § 397).

In Civilsachen erfolgt die Bewilligung der Exekution ausnahmslos durch die Civilgerichte (EO. § 3), der Vollzug der Exekution aber entweder unmittelbar durch die Civilgerichte (z. B. der Vollzug einer zwangsweisen Pfandrechtsbegründung, der Pfändung einer Forderung nach EO. §§ 294, 295) oder durch Vollstreckungsorgane, welche dabei im Auftrage und unter Anleitung des Gerichtes handeln (EO. § 16).

Auch abgesehen von den Zwangsmitteln zur Durchführung der Urteile stehen den Gerichtsbehörden nach den verschiedenen Justizgesetzen Zwangsbefugnisse zu, so z. B. gegen ungehorsame Zeugen und Sachverständige (CPO. §§ 333, 354, StPO. §§ 119, 159, 160, 242), gegen nicht erscheinende Angeklagte (StPO. §§ 174, 175, 452), zwecks Aufrechterhaltung der Sitzungspolizei (CPO. §§ 199, 200 und StPO. §§ 108, 233—236).

Derartige Zwangsbefugnisse stehen auch den Verwaltungsbehörden bei Erfüllung der in ihrem Amte liegenden Aufgaben zu. Hierzu dienen ihnen die Polizeiverfügungen, durch welche sie eine bestimmte Handlung oder Unterlassung des Betroffenen verlangen, unter der Androhung einer Geld- oder Freiheitsstrafe oder der Ausführung durch einen Dritten auf Kosten des Betroffenen, sofern diese möglich ist.

Mit diesen Polizeiverfügungen zum Zwecke der Durchführung von Verwaltungsanordnungen gegen einzelne Personen sind nicht zu verwechseln:

a. Die Polizeiverordnungen, d. h. Strafgesetze polizeilicher Natur, welche an sich ebenso wie andere Strafgesetze im Wege der Gesetzgebung erlassen werden müssen;

b. die polizeilichen Strafverfügungen, d. h. Straffestsetzungen der Polizeibehörden, wegen Übertretungen auf Grund der

Ausführung seiner Befehle verfügt jeder Magistrat über Unterbeamte (apparitores), der magistratus cum imperio insbesondere über lictores[6]). Tritt interregnum ein, d. h. Fortfall aller magistratus cum imperio, so wählt der Senat aus seinen patrizischen Mitgliedern einen Interrex, welcher nach 5 Tagen einen anderen ernennt, und so fort, bis neue Konsuln vorhanden sind.

Der Magistrat kann abdanken (abdicatio); dagegen kann er nicht abgesetzt (abrogatio)[7]), wohl aber nachträglich zur Verantwortung vor das gewöhnliche Strafgericht gezogen werden.

## § 8. Die einzelnen Beamten.

a. Die Konsuln und Diktatoren. Die Konsuln haben das höchste imperium, sie können den Senat und die Komitien berufen und in ihnen Anträge stellen, ius referendi und ius cum populo agendi. Bis 153 v. Chr. treten sie ihr Amt an den Iden des März, später am 1. Januar an (ebenso die Prätoren und Ädilen, dagegen die Quästoren

---

ihnen durch die kaiserl. Verordn. vom 20. April 1854, RGB. Nr. 96, erteilten Ermächtigung.

[6]) Der Diktator hat 24, jeder Konsul 12, der Prätor 2 (außerhalb Roms 6) Liktoren, welche Rutenbündel (fasces) mit Beilen (secūres) darin führen. Nur die Liktoren des Diktators dürfen die Beile auch in Rom führen; den übrigen ist deren Führung erst außerhalb der Provokationsgrenze (S. 47) gestattet. Im Gegensatze zu den ihr Amt als Ehrenamt verwaltenden Magistraten sind die apparitores besoldet.

[7]) Auch im modernen konstitutionellen Staat ist die Absetzung eines Beamten an gesetzlich bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Hierbei ist im Interesse einer unabhängigen Rechtspflege die Stellung der Richter in noch höherem Maße sichergestellt als die der Verwaltungsbeamten. Die Richter sind kraft Gesetzes „inamovibel", von Veränderungen in der Organisation der Gerichte abgesehen (StGG. vom 21. Dezember 1867, RGB. Nr. 144, Art. 6). Dagegen können die Verwaltungsbeamten, zu denen auch die Beamten der Staatsanwaltschaften gehören, im Interesse des Dienstes ohne weiteres versetzt und unter Gewährung eines Wartegelds einstweilen oder mit Pension dauernd in den Ruhestand versetzt werden.

schon am 5. Dezember, unten S. 75). In Fällen der Not kann jeder Konsul einen Diktator ernennen (dictatorem dicere), welcher unter Suspension der Interzession und Provokation[1]) ein summum imperium ausübt. Der Diktator ernennt als Hilfsbeamten einen magister equitum. Er muß nach Beseitigung der Gefahr, spätestens jedoch nach 6 Monaten sein Amt niederlegen. Nach 202 v. Chr. wird kein Diktator im ursprünglichen Sinne mehr ernannt. Der Senat erteilt das summum imperium nunmehr den Konsuln durch das senatus consultum ultimum: videant consules, ne quid res publica detrimenti capiat.

b. Die Prätoren. Bei Annahme der Licinisch-Sextischen Gesetze 367 v. Chr. wurde die Prätur ins Leben gerufen. Der Prätor gilt als minor collega consulum[2]); seine provincia (Geschäftskreis) ist wesentlich die iurisdictio in Rom; er heißt deshalb praetor urbanus, qui inter cives ius dicit.

Daneben blieben auch die Konsuln, wenigstens für die freiwillige Gerichtsbarkeit, zuständig. Nach Eroberung Siziliens (247 v. Chr.) wird für Streitigkeiten zwischen Römern und Fremden ein zweiter Prätor gewählt, der praetor peregrinus, qui inter cives et peregrinos ius dicit. Mit der Vermehrung der Provinzen und der Übertragung des Vorsitzes in den ständigen Strafgerichtshöfen an die Prätoren steigt deren Zahl bis auf 18 unter Nerva.

c. Die Zensoren. Die Zensur wurde 443 v. Chr. eingerichtet. Die potestas der beiden auf ein lustrum gewählten Zensoren umfaßt:

1. Die Abhaltung des Zensus, S. 57.

2. Das magisterium (regimen) morum, d. h. die Überwachung der öffentlichen Sittlichkeit. Die zensorische Rüge (nota) wird in der Zensusliste vermerkt (subscriptio

[1]) Dies widerspricht nicht der lex Valeria Horatia (S. 50), da diese nur das „creare", nicht das „dicere" sine provocatione verbietet.

[2]) Die Bezeichnung der consules als praetores hört von nun an auf.

censoria) und hat je nach dem Stande des Betroffenen Ausstoßung aus dem Senat oder dem Ritterstande (vende equum!), Versetzung in eine niedrigere (städtische) Tribus (tribu movere) oder unter die aerarii (in tabulas Caeritum referre, s. u.) zur Folge[3]).

3. Die lectio senatus, S. 64.

4. Die Verwaltung des Staatsguts (Aufstellung des Staatshaushalts und Verwaltung des unbeweglichen und beweglichen Gemeindevermögens) und die Rechtsprechung in den hierbei entstehenden Prozessen[4]).

Seit Sulla hört, da der Tributus und der Zensus unpraktisch werden, die Zensur tatsächlich auf.

d. Die Volkstribunen. Das Amt der Volkstribunen beruht auf dem nach der ersten secessio plebis 494 v. Chr. geschlossenen Ausgleiche. Die Volkstribunen, deren Zahl von 2 auf 5, später auf 10 wuchs, sind seit der lex Valeria Horatia (S. 50) besonders geschützt

---

[3]) Außer der durch nota censoria herbeigeführten ignominia gibt es eine Ehrenminderung durch infamia; vgl. hierüber unten § 36 b.

[4]) Insbesondere verpachteten die Zensoren die Staatseinkünfte (deren Einziehung in Rom nicht unmittelbar durch den Staat erfolgte), verkauften das Staatseigentum und verdangen die Herstellung der öffentlichen Bauten (ultrotributa). Die Einziehung der direkten Steuern wurde gegen eine bestimmte an den Staat zu entrichtende Summe von societates publicanorum, meist aus dem Ritterstand, übernommen, von denen ein Genosse (manceps, redemtor) mit dem Staate den Vertrag abschließt und ihm praedibus praediisque, d. h. durch Bürgen und Grundstücke, Sicherheit leistet. Die Publikanengesellschaften lösen sich im Gegensatze zu sonstigen societates durch Ausscheiden einzelner Genossen nicht auf (wohl aber durch Fortfall des allein als Vertragsgegner des Staates geltenden manceps), und bei ihnen findet Übergang der Mitgliedschaft auf die Erben der Gesellschafter statt (vgl. D. 17, 2, 59, pr. und 63, 8). Man hat sie mit der heutigen Kommanditgesellschaft (HGB. Art. 150) verglichen.

Bei allen von den Zensoren abgeschlossenen Geschäften werden formularmäßige Kaufbedingungen (leges contractus) zugrunde gelegt. Die öffentlichen Verkäufe und Verdingungen erfolgen sub hasta, d. h. unter Aufpflanzen einer Lanze, des Zeichens unanfechtbaren, vom Staate gewährleisteten Erwerbs (davon „Subhastation" = gerichtlicher Verkauf).

(sakrosankt). Seit der lex Publilia Voleronis 471 v. Chr. werden sie in den Tributkomitien gewählt. Ursprünglich nur Schutzbeamte der Plebs mit ius auxilii und intercedendi gegen alle Magistrate, ausgenommen den Diktator, gelten sie seit Beendigung des Ständekampfs als Beamte des ganzen Volks, können ihr ius auxilii also auch Patriziern zuteil werden lassen. Seit der lex Aternia Tarpeia 454 v. Chr. sind auch die Tribunen zwecks Durchführung ihrer Befehle zur Auferlegung einer Multa bis zum Höchstbetrage von 2 Schafen und 30 Rindern befugt; bei höheren Bußen findet Berufung an die concilia plebis statt (S. 60). Die letzteren treten auf ihren Ruf und unter ihrem Vorsitze zusammen (ius cum plebe agendi).

Während die Volkstribunen in früherer Zeit nur befugt waren, auf Einladung im Senate zu erscheinen, im übrigen aber an der Türe standen, um gegebenenfalls die Verkündung einer senatus auctoritas als Senatsschluß durch Interzession zu hindern, haben sie schließlich das Recht, den Senat zu berufen und Anträge zu stellen (ius referendi), sowie eine Anwartschaft auf die Aufnahme in den Senat nach Beendigung ihres Amts (S. 64).

e. Die Ädilen. Als Gehilfen der Volkstribunen wurden 494 v. Chr. 2 aediles plebis bestellt, benannt von den aedes cereris, woselbst die für die Plebs wichtigen Verfassungsurkunden von ihnen verwahrt werden. Neben sie traten seit 367 2 aediles curules, welche vor den plebejischen Ädilen außer der sella curulis, der toga praetexta und dem Recht auf Eintritt in den Senat noch eine gewisse iurisdictio voraus haben, nämlich die Rechtsprechung in Marktsachen, besonders bei Sklaven- und Viehkäufen[5]).

Allen Ädilen liegt die cura urbis, annonae ludorumque ob, d. h. die städtische Polizei, die Sorge für die Getreidezufuhr und die öffentlichen Spiele (Panem et Cir-

[5]) Der Jurisdiktion der kuruliſchen Ädilen entstammen die beiden „ädiliziſchen Klagen" wegen Mängel der Kaufſache, die Wandelungsklage (actio redhibitoria) und die Minderungsklage (actio quanti minoris); vgl. unten § 87 b.

censes!). Unter Cäsar wurden 2 besondere aediles cereales ernannt.

f. Die Quästoren. Die den Königen zur Seite stehenden quaestores parricidii (oben S. 44) erhalten in der republikanischen Zeit neben diesem Amte die Kassenführung, d. h. die Verwaltung des Staatsschatzes, des aerarium Saturni, woselbst auch die Legionsadler, die Zensuslisten und Senatskonsulte verwahrt werden. Vor ihnen hat jeder Beamte binnen 5 Tagen nach seiner Wahl einen Eid in leges abzuleisten (ähnlich wie heute jeder neu eintretende Beamte einen Diensteid zu leisten hat); sie treten ihr Amt deshalb schon am 5. Dezember an. Ihre Zahl steigt von 2 allmählich auf 40.

## § 9. Das Staatsgebiet.

a. Italien.

Die Ausbreitung der römischen Herrschaft über Italien erfolgte ursprünglich im Wege des Bündnisses. Rom hatte schon in ältester Zeit mit den latinischen Staaten ein foedus aequum, d. h. einen Bund abgeschlossen, dessen Führung Rom zustand, während den Latinen, unter Wahrung der politischen Selbständigkeit ihrer Gemeinden, connubium und commercium mit Rom (unten § 35 c) zugebilligt wurde. Mit dem Steigen der Macht Roms, insbesondere nach der glücklichen Beendigung des Latinerkriegs (337 v. Chr.) und der Samniterkriege (295 v. Chr., Schlacht bei Sentinum) werden die Beherrschungsformen andere.

1. Die italischen Gemeinden bleiben zum Teil selbständig, treten jedoch in ein foedus iniquum zu Rom, d. h. in ein tatsächliches Untertanenverhältnis.

2. Andere Gemeinden werden in den römischen Staatsverband aufgenommen, selten zu vollem Bürgerrechte, meist sine iure suffragii et honorum (Caerites, unten § 35 c), wogegen ihnen der größte Teil ihres Gebiets und eine gewisse Selbständigkeit in der inneren Verwaltung unter eigenen Beamten belassen wird. Solche Gemeinden heißen municipia.

3. Am schärfsten wird gegen Gemeinden verfahren, welche sich nicht ergeben haben, sondern durch occupatio bellica unterworfen sind. Solche Staaten werden völlig aufgelöst, ihre Bürger als Sklaven verkauft oder, sofern man sie in Freiheit beläßt, zu peregrini dediticii, d. h. heimatlosen Freien ohne alle politischen Rechte, gemacht; ihre Gebiete werden zu ager publicus populi Romani erklärt und als praefecturae durch römische Magistrate verwaltet.

Zur Sicherung ihrer Herrschaft über die eroberten Staaten bedienten sich die Römer der Kolonisation, der Ansiedelung römischer Bürger auf dem den Unterworfenen abgenommenen Gebiete. Die ursprünglichen Kolonien waren coloniae Romanae; ihre Mitglieder behielten das Bürgerrecht in Rom. Nach 268 v. Chr. wurden die Mitglieder der ausgesandten Kolonien zum größten Teil den Latinen entnommen: coloniae Latinae; die Mitglieder solcher Kolonien erhielten nur das ius Latii (unten § 35 c).

Die Gründung einer Kolonie setzt eine lex de colonia deducenda, meist ein Plebiszit, voraus. Der zur Ausstattung der Kolonie bestimmte ager publicus wird durch Regierungsfeldmesser (agrimensores, gromatici) vermessen und durch zwei Hauptlinien, decumanus maximus von Osten nach Westen und cardo maximus von Norden nach Süden, sowie entsprechende Parallellinien in gleiche Quadrate, centuriae, geteilt. Diese werden an die Kolonisten von Staats wegen verteilt (assignatio).[1])

Die Zurücksetzung der italischen civitates foederatae, municipia und coloniae Latinae wurde beseitigt durch den marsischen oder Bundesgenossenkrieg, 90—88 v. Chr., welcher

---

[1]) Das so vermessene Gebiet heißt ager limitatus, im Gegensatze zu dem nicht amtlich vermessenen, nur durch seine natürlichen Grenzen umschlossenen Gebiete, dem ager arcifinius. Diese Unterscheidung hat auch für das Privatrecht Bedeutung, insofern die Akzession kraft Uferrechts (durch alluvio, avulsio, alveus derelictus, insula in flumine nata) nur den agri arcifinii, nicht aber den agri limitati, deren Grenzen unverrückbar sein sollen, zufällt; vgl. unten § 123 a 1.

mit der Verleihung des vollen römischen Bürgerrechts an alle Italiker endete.

Durch Cäsars lex Iulia municipalis, 45 v. Chr., von welcher ein Teil in der Tabula Heracleensis (S. 97) im Original überliefert ist, erhielten die italischen Städte eine einheitliche, Rom nachgebildete Verfassung nach dem Grundsatze der Selbstverwaltung[2]). An der Spitze der städtischen Verwaltung stehen alljährlich gewählte magistratus municipales, und zwar duoviri iuri dicundo und aediles für die Polizei. Dem römischen Senat entspricht die curia, deren Mitglieder, decuriones („Stadtverordnete"), einen besonderen Stand bilden (S. 85). Den Bürgern, municipes, stehen die am Orte wohnenden Nichtbürger, incolae, gegenüber.

### b. Die Provinzen.

War die Eroberung einer Provinz beendet, so ernannte der Senat für sie einen Statthalter mit der Befugnis, durch eine lex data die erste Einrichtung zu treffen. Durch eine von Sulla eingebrachte lex Cornelia de provinciis ordinandis 81 v. Chr. wurde bestimmt, daß alle Konsuln und Prätoren in dem auf ihr Amtsjahr folgenden Jahr unter prorogatio imperii die Verwaltung einer Provinz übernehmen müßten, und zwar die Prokonsuln die gefährlichen, daher mit 2 Legionen belegten prokonsularischen, die

---

[2]) Selbstverwaltung (selfgovernment) liegt vor, wenn gewisse staatliche Verwaltungsbefugnisse den im Staate bestehenden Gemeinden (Kommunen) oder Vereinigungen von solchen (Kommunalverbänden: Kreisen, Provinzen) zu selbständiger Ausübung durch eigene (mittelbare Staats-) Beamte zugewiesen werden. Der Selbstverwaltung (Kommunalverwaltung), welche dem Staate nur ein Aufsichtsrecht vorbehält, steht die Staatsverwaltung (bureaukratische Verwaltung) gegenüber, bei welcher die gesamte Verwaltung, auch die der Gemeinden, durch vom Staat eingesetzte (unmittelbare Staats-) Beamte erfolgt.

Eine derartige Selbstverwaltung besteht gegenwärtig auch in Österreich für die einzelnen Königreiche und Länder, dann für die Gemeinden, und in Ländern mit Bezirkseinteilung wie zB. Böhmen, Steiermark, auch für die einzelnen Bezirke.

Proprätoren die ruhigen, daher nur mit einer Legion gesicherten proprätorischen Provinzen. Der Statthalter hat in seiner Provinz ein durch keine Interzession und Provokation beschränktes Imperium. Ihm zur Seite stehen legati und für die Finanzverwaltung quaestores.

Die Provinzialen haben im allgemeinen die Rechtsstellung von Peregrinen. Einzelnen Provinzen und Gemeinden wird später die römische Civität, anderen das ius Latii minus oder maius (unten § 35 c) verliehen[3]).

## III. Periode. Bis zum Tode Diokletians[1])

(31 v. Chr. bis 305 n. Chr.).

### § 10. Der Prinzipat.

Oktavian hatte als triumvir rei publicae constituendae eine über der Verfassung stehende Gewalt gehabt.

---

[3]) Eine andere Bedeutung hat die der Kaiserzeit angehörende Verleihung des ius Italicum an einzelne Provinzialgemeinden zB. Köln (colonia Agrippina, D. 50, 15, 8, 2). Das solum Italicum hatte gewisse Vorzüge gegenüber dem solum provinciale. Nur das solum Italicum war fähig, in wahrem (quiritarischem) Privateigentume zu stehen. Das Eigentum am solum provinciale dagegen wurde dem Kaiser (ähnlich wie in Deutschland auf Grund des Bodenregals) oder dem römischen Volke zugeschrieben. Da hiernach der Besitzer eines Provinzialgrundstücks nur als Nutzungsberechtigter angesehen wurde, so konnten einmal die Grundsätze des ius civile über den Erwerb von Eigentum an Grundstücken durch mancipatio, in iure cessio und usucapio nicht für anwendbar erachtet werden; anderseits mußte der Besitzer für die ihm gestattete Benutzung eine Abgabe (stipendium in den Senatsprovinzen, tributum in den Kaiserprovinzen, S. 85) zahlen, während der italische Boden nach Fortfall des Tributus (S. 59) völlig steuerfrei war. Durch die Verleihung des ius Italicum wurde nun das betreffende Land zu solum Italicum erklärt und damit als steuerfrei und als im vollen Eigentume der Besitzer stehend anerkannt.

[1]) Geschichtstafel: C. Julius Cäsar Octavianus Augustus 31 vor Chr. bis 14 nach Chr. (Labeo, Capito); Tiberius 14—37 (Sabinus, Cassius); Caligula 37—41; Claudius 41—54 (Proculus); Nero 54—68; Galba, Otho, Vitellius 68—69; Vespasian 69—79

Im Jahre 27 v. Chr. legte er dieses Amt nieder und bemühte sich, durch äußerliche Aufrechterhaltung der bisherigen Verfassung den Anschein zu erwecken, als wäre eine Veränderung gar nicht eingetreten. Er vermied deshalb auch den Königstitel und nahm den Titel princeps (sc. senatus) an. Als Befehlshaber aller Truppen führte er den Titel Imperator. Ein besonderer ihm vom Senate verliehener Ehrenname war Augustus[2]), der Anbetungswürdige; außerdem fügte er seinem Namen noch den seines Oheims und Adoptivvaters Julius Cäsar bei.

Immer bestrebt, seine Macht als eine gesetzmäßige, auf die bisherige Verfassung sich gründende hinzustellen, ließ er sich die potestas proconsularis et imperatoria (27 v. Chr.), die potestas tribunicia (23 v. Chr.), die potestas censoria (19 v. Chr.) und das Amt des pontifex maximus (12 v. Chr.) verleihen.

So vereinigte Augustus in seiner Person die höchste militärische, bürgerliche und priesterliche Gewalt. Diese Machtvollkommenheit wurde seinen Nachfolgern durch eine lex de imperio, welche von Gajus (I. 1, 2, 6) und Ulpian (D. 1, 4, 1, pr.) als lex regia bezeichnet wird, übertragen. Ursprünglich geschah dies durch ein Zenturiatgesetz auf Grund eines Senatsschlusses, später durch den Senat allein. Seit Vespasian wurde die bis dahin immer erweiterte lex de imperio unabänderlich (vgl. S. 98).

---

(Pegasus); Titus 79—81; Domitian 81—96; Nerva 96—98; Trajan 98—117 (Juventius Celsus); Hadrian 117—138 (Salvius Julianus, Africanus); Antoninus Pius, in den Quellen Divus Pius genannt, 138—161 (Pomponius); Mark Aurel (bis 169 mit seinem Bruder Lucius Verus, in den Quellen Divi Fratres) 161—180 (Gajus); Commodus 180—192; Septimius Severus 193—211 (Papinian † 212); Caracalla, in den Quellen Divus Antoninus genannt, 211 bis 217; Severus Alexander, in den Quellen Alexander, nie Severus genannt, 222—235 (Ulpian, Paulus); Diokletian 284—305.

[2]) Nach Ovid von augur abgeleitet: der durch die Religion Geweihte, Geheiligte (= σεβαστός). Erst später, besonders durch den Zusatz semper, wird das Wort in Beziehung gebracht mit augere. Das hat sich erhalten in dem Titel des früheren deutschen Kaisers: „allzeit Mehrer des Reichs".

Der Prinzeps ist Oberbefehlshaber über das stehende Heer, mit der Befugnis, sein Hauptquartier, praetorium, in Rom selbst zu haben. Er hat das Recht, Krieg zu erklären und Frieden zu schließen; er verwaltet die ihm zugewiesenen Provinzen (S. 85) durch von ihm allein abhängige Beamte, „Vizekönige" (zB. praefectus Aegypto), und ist zur Verleihung des ius Latii und der civitas Romana an einzelne und Gemeinden befugt. Auf Grund seiner tribunicia potestas darf er den Senat berufen und in demselben Anträge stellen. Neben diesem ius referendi erhält er das ius relationis, d. h. das Recht, auch schriftlich oder durch einen quaestor candidatus principis in einer nicht von ihm berufenen und geleiteten Senatssitzung Anträge zu stellen und an erster Stelle zur Abstimmung zu bringen. Er kann ferner die Komitien berufen und in ihnen Gesetzesvorschläge machen.

Das Recht zu selbständiger Gesetzgebung steht ihm nicht zu; aber die von ihm kraft seines höchsten imperium erlassenen Straf- und Civilentscheidungen erhalten legis vicem (unten § 18 a 1). Der Prinzeps ist den Gesetzen unterworfen, soweit er nicht durch die lex de imperio oder den Senat von einzelnen Vorschriften befreit wird[3]). Seit 15 v. Chr. hat er das ausschließliche Recht zur Prägung von Gold- und Silbermünzen, während dem Senate nur das Recht zur Kupferprägung verbleibt.

Der Prinzipat ist nicht erblich. Die Wahl des Prinzeps

---

[3]) Ulpian sagt zwar in D. de legibus 1, 3, 31: Princeps legibus solutus est; Augusta (Gemahlin) autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent. Dies bezieht sich aber nur auf die Befreiung von der lex Iulia et Papia Poppaea (unten § 16[5]). Der Grundsatz „princeps legibus solutus est" wird allgemein erst in der vierten Periode aufgestellt. Er bedeutet aber auch nur, daß der Souverän nicht zur Verantwortung gezogen werden kann. Vgl. den englischen Verfassungsgrundsatz: „the king can do no wrong" und PrVU. Art. 43: „Die Person des Königs ist unverletzlich (S. 9[14]). Es ist heutzutage, selbst wenn dies in den Gesetzen nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, allgemein anerkannt, daß das Staatsoberhaupt strafrechtlich unverantwortlich ist.

liegt dem Senat ob, welcher jedoch meist durch den Willen des regierenden Kaisers oder des Heeres gebunden ist. Besonders wird es üblich, daß der Prinzeps einen Nachkommen oder Adoptivsohn als Mitregenten annimmt, um ihm so die Thronfolge zu sichern. Seit Hadrian geht die bisher für den Prinzeps verwendete Bezeichnung Cäsar (Kaiser) auf den ernannten Thronfolger über. Als Tribun und Augustus ist der Prinzeps sakrosankt. Gegen ihn ist ein Strafverfahren daher nur möglich, nachdem er vom Senat abgesetzt ist. Nach seinem Tode hält der Senat ein Totengericht (nach ägyptischer Art) ab, welches mit consecratio (Erklärung des Verstorbenen als divus) oder mit damnatio memoriae (zB. bei Caligula), bei milderer Beurteilung mit rescissio actorum (Ungültigkeitserklärung einzelner Amtshandlungen) schließt.

## § 11. Komitien und Senat.

a. Die Komitien, welche dem Namen nach seit 27 v. Chr. wiederhergestellt waren, verlieren tatsächlich sehr bald ihre ganze Bedeutung. Ihre Strafgerichtsbarkeit geht auf die quaestiones perpetuae, bezüglich Personen senatorischen Standes auf den Senat über. Tiberius entzieht ihnen die Wahl der Beamten und überträgt sie dem Senate (tunc primum e campo comitia ad patres translata sunt; Tacitus, Ann. 1, 15). Ihre Gesetzgebungsgewalt erhält sich noch eine Zeitlang, geht dann auf den Senat und später auf den Kaiser über (unten §§ 17, 18).

b. Der Senat verliert auf der einen Seite erhebliche Berechtigungen, besonders die Leitung der auswärtigen Politik, während anderseits durch die Befugnis zur Kaiserwahl und den Übergang der Beamtenwahl, der Strafgerichtsbarkeit über Senatoren und der Gesetzgebung auf ihn seine Bedeutung gewahrt bleibt, so daß als Träger der Souveränität in der ersten Kaiserzeit Prinzeps und Senat anzusehen sind. Der Senat hat außer den bereits erwähnten Rechten auch die Leitung eines Teils der Provinzen.

Augustus teilte 27 v. Chr. die Verwaltung der damaligen 22 Provinzen dergestalt, daß er 12, in denen noch eine bedeutendere Truppenzahl gehalten werden mußte, in die eigene Verwaltung nahm (provinciae Caesaris), zu welchen alle später erworbenen traten, während er 10 — und zwar die beruhigten (pacatae) — dem Senat überließ (provinciae senatus et populi). Die Einkünfte aus den Senatsprovinzen flossen in das unter der Verwaltung des Senats stehende aerarium Saturni, die Einkünfte der Kaiserprovinzen kamen in eine kaiserliche Kasse: fiscus (Korb).[1]) Vom Fiskus, dem dem Kaiser als solchem zustehenden und auf seinen Nachfolger übergehenden Vermögen, ist sein Privatvermögen, patrimonium, ratio Caesaris, unterschieden.

Nachdem im 3. Jahrhundert der Unterschied zwischen Kaiser- und Senatsprovinzen fortgefallen ist, wird das gesamte Staatsvermögen im Fiskus vereinigt und der selbständigen Verwaltung des Kaisers unterstellt; das aerarium Saturni wird zu einer Stadtkasse Roms.

## § 12. Die Beamten.

a. Die republikanischen Staatsämter bleiben zunächst bestehen, büßen aber bald den größten Teil ihrer Bedeutung ein. Konsuln werden anfangs noch regelmäßig vom Prinzeps ernannt; sie führen den Vorsitz im Senat und üben eine freiwillige Gerichtsbarkeit aus. Später wird ihre Amtsdauer auf 2 Monate beschränkt. Die am 1. Januar eintretenden, nach welchen das Jahr benannt

[1]) In das aerarium populi floß auch eine fünfprozentige Steuer von den Freilassungen (vicesima manumissionum). Eine Unterabteilung bildete das aerarium militare, eine Stiftung des Augustus für die Veteranen („Invalidenfonds"), dessen Haupteinnahmequelle die im Jahre 6 nach Chr. eingeführte vicesima hereditatum, eine fünfprozentige Erbschaftssteuer, bildete. In den fiscus kommen später noch die bona damnatorum, die caduca der lex Iulia et Papia Poppaea (unten § 16[5]) und ein Teil der Einkünfte aus den Senatsprovinzen.

wird, heißen consules ordinarii, die später eintretenden suffecti (vgl. S. 47[4]). Vielfach bekleiden die Kaiser mit oder ohne Kollegen selbst das Amt, oder die Ernennung von Konsuln unterbleibt ganz[1]). Die Prätoren führen ihr Amt in der früheren Weise fort, werden aber allmählich zu Richtern unterer Instanz, gegen deren Entscheidung die Appellation an den praefectus urbi geht. Die Zensur, welche mit dem Aufhören des Tributus und der allgemeinen Wehrpflicht und mit der Übertragung der lectio senatus auf den Prinzeps ihre Bedeutung verloren hat, gilt seit Domitian als mit dem Prinzipate verbunden. Der letzte Zensus für die Stadt Rom wird im Jahre 74 von Titus und Vespasian aufgenommen. — Die Volkstribunen und Ädilen verlieren fast alle ihre Befugnisse.

b. Die kaiserlichen Beamten. Der Prinzeps übt die ihm übertragenen Befugnisse durch von ihm ernannte magistratus extraordinarii aus. Während die republikanischen Beamten vom Senat und regelmäßig auf ein Jahr gewählt werden, unbesoldet sind und meist dem ordo senatorius entstammen, hängt die Ernennung und Amtsdauer der meist aus dem ordo equester und dem Stande der Freigelassenen hervorgehenden und besoldeten kaiserlichen Beamten vom Willen des Kaisers ab. Die höchsten Beamten sind:

1. Der praefectus praetorio. Er ist ursprünglich Befehlshaber der seit Tiberius in einem befestigten Lager bei Rom vereinigten Leibwache, der 9 cohortes praetoriae, erlangt später jedoch die Stellung eines Ministerpräsidenten und Stellvertreters des Kaisers. Seit Alexander Severus hat der praefectus praetorio sogar die Befugnis zum Erlasse von gesetzgleichen Verordnungen (formae, § 18 a 1 δ). Die berühmtesten Juristen: Papi-

[1]) Man benennt dann die Jahre post consulatum des letzten Konsuls. Der letzte Privatmann, welcher das Konsulat bekleidet, ist Basilius 541 n. Chr.; die Jahre 542—566 werden post consulatum Basilii I—XXV bezeichnet (vgl. zB. Novelle 118 a. E.). Seit 567 ist der Kaiser consul perpetuus.

nian, Ulpian und Paulus haben dieses Amt bekleidet, mit welchem auch eine umfassende Gerichtsbarkeit an des Kaisers Statt (vice sacra), insbesondere auf Appellation gegen Urteile der Provinzialstatthalter, verbunden ist.

2. Der praefectus urbi ist Polizeipräsident der Stadt Rom. Ihm steht neben den quaestiones perpetuae (und nach Aufhebung derselben unter Septimius Severus 205 n. Chr. allein) die Gerichtsbarkeit in Strafsachen in urbe Roma et intra centesimum miliarium zu; an ihn geht die Appellation gegen Civilurteile der sonstigen städtischen Richter. Ihm sind unterstellt (sub dispositione) der praefectus annonae, welchem seit 22 v. Chr. an Stelle der aediles cereales die Sorge für die Getreidezufuhr übertragen ist, und der praefectus vigilum für das Löschwesen und die Sicherheitspolizei. Beiden ist zugleich die Gerichtsbarkeit über die in ihre Verwaltungszweige gehörenden Streitsachen zugewiesen.

Dem Prinzeps steht ein Geheimer Rat, consilium, consistorium, auditorium principis, unter dem Vorsitze des praefectus praetorio zur Seite, entstanden aus der Besprechung des Augustus mit seinen Vertrauten über wichtige Angelegenheiten. Er dient besonders zur Vorberatung der vom Kaiser zu erlassenden Gesetze und zur Entscheidung der an den Kaiser gebrachten Prozesse.

## § 13. Das Staatsgebiet.

a. Italien. Die den italischen Gemeinden durch die lex Iulia municipalis gewährleistete Selbstverwaltung verliert sich in der dritten Periode, und Italien unterscheidet sich am Ende derselben nur durch die aus dem ius Italicum sich ergebenden Vorzüge des solum Italicum von den Provinzen.

Augustus teilt Italien in 12 Verwaltungsbezirke: Rom und 11 regiones, an deren Spitze je ein procurator steht.

Hadrian scheidet für die Justizverwaltung Italien in vier Bezirke, denen consulares, seit Mark Aurel iuridici genannt, vorstehen.

Auf diese geht die städtische Gerichtsbarkeit zum größten Teil über, die Munizipalmagistrate bleiben nur für geringe Civilsachen und für die städtische Verwaltung zuständig, bis gegen Ende des Jahrhunderts auch diese der Aufsicht von staatlichen Beamten, correctores, unterstellt wird.

b. Die Provinzen. Die kaiserlichen Provinzen werden von legati Augusti, die senatorischen von proconsules verwaltet. Das solum provinciale, sofern es nicht des ius Italicum teilhaftig ist, unterliegt einer Grundsteuer, welche in den kaiserlichen Provinzen tributum, in den senatorischen stipendium heißt (S. 78 [3]). Außerdem wird noch eine Kopfsteuer, tributum capitis, erhoben. In den nach römischem Muster geordneten Städten[1]) werden die Dekurionen für den Eingang dieser Steuern für persönlich haftbar erklärt. Sie genießen dafür aber anderseits gewisse Bevorzugungen (legitimatio per oblationem curiae).

Die Lage der Provinzialen verbessert sich in der Kaiserzeit insofern, als die Prinzipes der unter der Republik üblich gewesenen schamlosen Ausbeutung durch die Statthalter (Verres!) und die societates publicanorum entgegentreten.

## IV. Periode. Bis zum Tode Justinians
(305—565 n. Chr.).

### § 14[1]).

a. Der Kaiser. Bis in die Mitte des 3. Jahrhunderts n. Chr. war der Prinzeps wenigstens dem Worte

---

[1]) Die Verfassung der Provinzialstädte ist seit der Auffindung der leges Salpensana ei Malacitana (unten § 16 e 2) genauer bekannt.

[1]) Geschichtsübersicht. Konstantin der Große 323—337. Erstes ökumenisches Konzil in Nicaea 325 (Symbolum Nicaeanum: Christus gottgleich, ὁμοούσιος; Verwerfung der Arianischen Lehre: Christus gottähnlich, ὁμοιούσιος. Christentum staatlich anerkannt). Verlegung der Residenz nach Byzanz (Konstantinopel) 330. Julianus Apostata 361—363 (vorübergehende Rückkehr zum Heidentum). Teilung

nach noch Beamter des Volks und teilte die Staatsgewalt mit dem Senate. Der drohenden Zersplitterung traten Diokletian und Konstantin entgegen, welche durch eine völlige Neugestaltung der gesamten Staatsordnung und straffe Zusammenfassung der Staatsgewalt die Erhaltung des Reichs ermöglichten.

In der vierten Periode gibt es nur einen Herrscher, den Kaiser. Er ist schon auf Erden gottgleich, numen divinum, alles, was von ihm ausgeht, ist sacrum („Byzantinismus": sacrum palatium, sacrae constitutiones, sacrum encaustum, d. h. Purpurtinte). Er ist Gesetzgeber und Richter, seine Gewalt ist unumschränkt wie die eines orientalischen Despoten (zB. Ausdehnung des crimen laesae

---

des Reichs in Occident (Valentinian I.) und Orient (Valens) 364. Beginn der Völkerwanderung 375. Wiedervereinigung des Gesamtreichs unter Theodosius I. 392. Erneute Teilung in Westrom (Honorius) und Ostrom (Arkadius) 395.

a. Das Weströmische Reich endet 476 mit der Absetzung des Königs Romulus Augustulus durch Odoaker, Heerführer der Heruler und Rugier. 493 besiegt Theodorich der Große, König der Ostgoten, den Odoaker und errichtet in Italien das Ostgotenreich mit den Hauptstädten Ravenna und Verona (Dietrich von Bern = Theodorich von Verona). 554 zerstört Narses, Feldherr Justinians, das Ostgotenreich. Oströmische Herrschaft (Exarchat) mit der Hauptstadt Ravenna 554—752. 568 erobern die Langobarden unter Alboin Norditalien (Lombardei, Hauptstadt Pavia). 752 erobert der Langobardenkönig Aistulf das Exarchat. 755 entreißt ihm Pippin der Kleine Ravenna und schenkt es nebst Bologna und Ferrara dem Papste Stephan II. (Pippinsche Schenkung, Grundlage des Kirchenstaates). Karl der Große zerstört 773 das von Desiderius beherrschte Langobardenreich und erwirbt später die römische Kaiserwürde; er wird vom Papste Leo III., nach Erweiterung der Pippinschen Schenkung, Weihnachten 800 gekrönt. 962 wird Otto I. römischer Kaiser (Heiliges römisches Reich deutscher Nation).

b. Oströmisches Reich. Theodosius II. 408—450 (Zitiergesetz 426, unten § 20 d). Leo I. (Priorität des pignus publicum, (s. u.). Zeno (iusiurandum Zenonianum, unten § 116 c 2 α c), Anastasius (lex Anastasiana, unten § 82 b 2). Justinian 527—565. Basilius Macedo. Sein Sohn Leo Philosophus 886—910 (Basiliken, § 29 b 3). Trennung der griechisch- und der römisch-katholischen Kirche 1054. Errichtung des lateinischen Kaisertums durch die Kreuzfahrer 1204. Eroberung von Konstantinopel durch die Türken 1453.

maiestatis: C. 9, 8, 5, sog. lex Quisquis). Erblich ist die Kaiserwürde auch jetzt nicht. Der vom Kaiser bezeichnete Nachfolger (Cäsar) kommt nur zur Herrschaft, wenn er von den Heeren anerkannt wird.

b. Das Beamtenwesen wird neu geordnet. Die Ämter scheiden sich in dignitates (höhere) und officia, militiae (subalterne). Die dignitates sind in drei Klassen abgestuft (mit der Bezeichnung: illustres, spectabiles, clarissimi) und zerfallen in dignitates palatinae, civiles und militares. Zu den ersteren gehören die höchsten Hofbeamten: der quaestor sacri palatii (Justizminister), der magister officiorum (Hofmarschall), der comes sacrarum largitionum (Finanzminister) und der comes rerum privatarum (Hausminister). Aus ihnen und einigen Beamten zweiter Klasse setzt sich der kaiserliche Staatsrat[2]), consistorium principis, zusammen, in welchem die vom Kaiser zu erlassenden Gesetze beraten werden und welcher als auditorium zur Entscheidung der an den Kaiser gebrachten Prozesse berufen ist. Jedem der Hofbeamten untersteht eine Kanzlei, scrinium.

Allen Rangklassen voran stehen die Mitglieder der kaiserlichen Familie (nobilissimi), die vom Kaiser mit dem persönlichen Adel Ausgezeichneten (patricii) und die noch immer von den Senaten der beiden Hauptstädte gewählten, politisch bedeutungslosen Jahreskonsuln, nach welchen das Jahr bezeichnet wird (S. 83[1], consules ordinarii, im Gegensatze zu den consules honorarii, den Titularkonsuln). Die dignitates sind regelmäßig nur von einjähriger Dauer, die officia sind dauernde, vererbliche und veräußerliche Ämter. Alle Beamten sind besoldet[3]).

---

[2]) Eine ähnliche Einrichtung bestand in Österreich in dem, im Jahre 1861 eingesetzten und im Jahre 1868 wieder aufgehobenen Staatsrat.

[3]) Das Beamtenwesen der vierten Periode ist uns bekannt durch einen etwa 405 n. Chr. abgefaßten Hof- und Staatskalender, die „Notitia dignitatum (et administrationum omnium tam civilium quam militarium in partibus Orientis et Occidentis)".

c. Die Verwaltung. Die Besteuerung erfolgt unter Beseitigung des ius Italicum im ganzen Reich einheitlich. Die Grundbesitzer (possessores) werden mit ihren Grundstücken zu einer Grundsteuer (capitatio terrena) herangezogen[4]).

Die Nichtbesitzer (plebeii) unterliegen einer Kopfsteuer, capitatio humana. Die possessores sind den plebeii gegenüber bevorzugt; insbesondere dürfen nur die letzteren gefoltert und mit schweren Leibesstrafen belegt werden. Die zu demselben Gewerbe gehörenden Personen werden zu Innungen vereinigt. Die Kinder müssen in der Regel das Gewerbe ihres Vaters aufnehmen: das Kastenwesen beginnt.

d. Das Staatsgebiet wird einer Neueinteilung unterworfen, und zwar unter Aufhebung aller Unterschiede zwischen Italien und den Provinzen. Die militärische Gewalt wird von der bürgerlichen getrennt, auch werden die Bezirke für die militärische Verwaltung anders abgegrenzt als diejenigen für die Civilverwaltung, mit welcher auch noch in dieser Periode die Rechtsprechung vereinigt ist. Zwecks der Militärverwaltung wird das Reich in 4 prae-

---

Diese Notitia ist in einer 1440 in Speier entdeckten, aber wieder verschollenen Handschrift überliefert worden.

[4]) Die Grundsteuerrolle, in welcher sämtliche Grundstücke verzeichnet sind, heißt capitum registrum (caput = Steuereinheit, von welcher ein bestimmter Betrag zu entrichten ist). Daraus entstand unser heutiges Wort „Kataster" (mittelalterlich capitastrum).

Heute hat der Kataster nicht nur die Bedeutung, für die in den meisten Staaten vorhandene Grundsteuer als Grundlage zu dienen, sondern da für diese Besteuerung eine von Zeit zu Zeit zu erneuernde Vermessung und Aufnahme der Grundstücke erforderlich ist, wurde der Kataster auch mit dem Grundbuchwesen in Verbindung gebracht. Die Grundbücher sind nach Katastralgemeinden angelegt und müssen die Parzellenbezeichnungen im Gutsbestandblatte einer Grundbucheinlage mit den in den Katastraloperaten enthaltenen Bezeichnungen (Nummer, Ried, Kulturgattung), und ebenso muß die, einen integrierenden Bestandteil des Grundbuches bildende, Grundbuchsmappe mit der Katastralmappe übereinstimmen.

Die Gesetze vom 23. Mai 1883, RGB. Nr. 82 u. 83, bezwecken die stete Aufrechterhaltung dieser Übereinstimmung des Grundbuchstandes mit dem Grundsteuerkataster.

fecturae eingeteilt, deren jeder ein magister militum vorsteht; unter ihnen stehen duces, welchen wieder comites unterstellt sind. Zwecks der Civilverwaltung zerfällt das Reich gleichfalls in 4 praefecturae: Italien, Gallien, Orient, Illyrien unter je einem praefectus praetorio. Die praefecturae sind in 14 dioeceses (unter vicarii) und 116 provinciae (unter rectores) geteilt. Besondere Verwaltungsbezirke sind die Hauptstädte Rom und Konstantinopel unter je einem praefectus urbi (S. 84). Ihre Senate sind zu Stadträten geworden. Zuweilen erfolgt an sie die Veröffentlichung allgemeiner Gesetze; vorübergehend bestimmt Theodosius II., daß ihnen die Gesetzentwürfe zur Begutachtung vorgelegt werden sollen.

## II. Buch: Geschichte der Rechtsquellen.

### I. Rechtsquellen bis zur Kodifikation.

#### § 15. Rechtsquellen. Einleitung.

Das österreichische bürgerliche Recht beruht (S. 36), soweit es römischen Ursprungs ist, auf der die römische Rechtsentwicklung zum Abschlusse bringenden Kodifikation Justinians (unten §§ 22 ff.). Diese war jedoch keine Neuschaffung, sondern nur eine Zusammenstellung (Kompilation) und Neuordnung des bereits vorhandenen Rechtsstoffs. Die folgende Darstellung der Rechtsquellen, aus denen die justinianische Kodifikation geschöpft hat, schließt sich an den Satz des Gajus (G. 1, 2, vgl. Papin. D. 1, 1, 7, pr.) an: Constat ius populi Romani ex legibus, plebiscitis (§ 16), senatus consultis (§ 17), constitutionibus principum (§ 18), edictis eorum, qui ius edicendi habent (§ 19), responsis prudentium (§ 20). Hier stellen die ersten drei Rechtsquellen das Gesetzesrecht, die beiden letzten das Gewohnheitsrecht dar.

#### § 16. Leges Plebeivescita.

a. Entstehungsgang. Lex est quod populus iubet atque constituit, plebiscitum est quod plebs iubet atque constituit (G. 1, 3); über ihre Gleichstellung vgl. S. 61.

Der Entwicklungsgang eines Gesetzes ist:

1. Latio, Ankündigung eines Gesetzes. Sie kann nur durch einen mit ius agendi cum populo (Zenturiat-

komitien) oder cum plebe (Tributkomitien) ausgerüsteten Beamten erfolgen. Die lex Caecilia Didia (98 v. Chr.) bestimmt: ne quid per satūram[1]) ferretur, d. h. derselbe Gesetzesvorschlag darf nicht (wie dies während des Ständekampfes häufig gewesen war, S. 50 ff.) verschiedene Gegenstände betreffen. Dieselbe lex Caecilia Didia schärft von neuem ein die

2. Promulgatio, d. h. Ausstellung des formulierten Gesetzentwurfs auf hölzernen Tafeln zwecks Vorbesprechung in contiones (S. 54), mindestens ein trinundinum (S. 62) vor den entscheidenden comitia. In diesen erfolgt die

3. Rogatio, Einbringung (S. 62), wobei Abänderungen des angekündigten Entwurfs unzulässig sind. Mit der Feststellung (renuntiatio, S. 63[14]) der erfolgten Annahme (lex perlata) tritt das Gesetz in Kraft, nicht erst (wie nach heutigem Staatsrechte, vgl. ABGB. § 3 u. Ges. vom 10. Juni 1869, RGB. Nr. 113) mit der

4. Publicatio, Ausstellung auf ehernen Tafeln.

b. Der Gesetzesinhalt zerfällt in

1. die Praescriptio, enthaltend Namen und Amt des rogator[2]), Zeit und Art der Abstimmung und bei Abstimmung nach Tribus den Namen der erststimmenden Tribus und des in ihr zuerst Stimmenden (S. 63[14]);

---

[1]) Satura (sc. lanx), ursprünglich eine Fruchtschüssel, mit allerlei Früchten angefüllt, übertragen Gemengsel, Durcheinander; später ein — verschiedene Gegenstände behandelndes — Spottgedicht, daher das heutige Wort Satire.

[2]) Die Bezeichnung der Gesetze erfolgt meist nach dem Gentilnamen des Antragstellers (lex Iulia, d. h. Cäsars, lex Cornelia, d. h. Sullas; zuweilen mit einem Hinweis auf den Rechtsstoff: lex Cornelia de sicariis). Stehen zwei Gentilnamen nebeneinander (ohne et), so deutet dies auf zwei Antragsteller (lex Plautia Papiria). Sind sie durch et verbunden (lex Iulia et Papia Poppaea, S. 97[5]), so sind damit zwei verschiedene, dasselbe Rechtsgebiet betreffende Gesetze gemeint. — In der modernen Zeit pflegt man amtlich die Gesetze nach ihrem Datum und ihrer, der behandelten Materie entnommenen Überschrift zu bezeichnen (zB. „Handelsgesetzbuch" vom 17. Dezember 1862).

2. die Rogatio, d. h. den bestimmenden Gesetzesteil in befehlender Sprache;

3. die Sanctio, d. h. die Bestimmungen über die Folgen der Übertretung des Gesetzes, wonach man (S. 25) leges perfectae (Nichtigkeit der gegen das Gesetz vorgenommenen Handlung), minus quam perfectae (Strafe, aber keine Nichtigkeit) und imperfectae (weder Nichtigkeit noch Strafe) unterscheidet. Ob auch leges plus quam perfectae (Nichtigkeit und Strafe) vorkamen, ist streitig. Theodosius II. und Valentinian III. bestimmten 439 n. Chr. (C. 1, 14, 5), daß die gegen ein Gesetz oder in betrügerischer Umgehung desselben (in fraudem legis) vorgenommenen Handlungen nichtig sein sollten, sofern das Gesetz nicht etwas anderes bestimme, m. a. W., daß alle leges ohne weiteres als perfectae anzusehen seien.

Das spätere Gesetz hebt das frühere widersprechende auf (lex posterior derŏgat priori), entweder völlig (abrŏgare) oder teilweise (derŏgare), zuweilen indirekt (obrŏgare); subrŏgare wird von Zusatzbestimmungen gebraucht[3]).

c. Arten der Gesetze. Den in den Komitien beratenen leges rogatae stellt man die vom Senat oder einzelnen erlassenen leges datae gegenüber (ähnlich wie man heute Gesetz und Verordnung im formellen Sinne, S. 15, unterscheidet). Leges datae waren besonders die Provinzialordnungen (S. 78). Nach Augustus kommen leges rogatae selten vor, die letzte bekannte ist eine „lex agraria, quam Nerva tulit" (D. 47, 21, 3, 1), also etwa von 96 n. Chr. Formell abgeschafft wurde die Komitialgesetzgebung nicht, daher führt sie Gajus auch noch unter den Rechtsquellen auf.

---

[3]) Über die Frage, ob Gewohnheitsrecht früheres Gesetzesrecht abzuändern geeignet ist, vgl. S. 18[21]. — Vielfach ist es in der neueren Zeit, besonders im Falle der Kodifikation einzelner Rechtsgebiete, üblich geworden, die früheren Gesetze, ohne sie jedoch im einzelnen zu bezeichnen, für aufgehoben zu erklären. So bestimmt zB. Art. I des EGCPO., daß mit dem Inkrafttreten derselben alle in anderen gesetzlichen Vorschriften enthaltenen Bestimmungen über Gegenstände, welche in der CPO. geregelt sind, ihre Wirksamkeit verlieren.

Nach den in den Gesetzen behandelten Rechtsgebieten unterscheidet man u. a. leges sumptuariae gegen den Luxus, leges tabellariae (S. 63), leges iudiciariae, leges agrariae[4]).

---

[4]) Leges agrariae nennt man die Gesetze über die Behandlung des ager publicus populi Romani, d. h. des durch Eroberung Staatseigentum gewordenen Grund und Bodens. Soweit derselbe nicht zu Kolonien verwendet (S. 76) oder vom Zensor versteigert wurde (S. 73), konnte er grundsätzlich von einem jeden in Besitz genommen und bebaut werden (agri occupatorii), wodurch allerdings nicht Eigentum, sondern nur eine tatsächliche, jederzeit widerrufliche Innehabung (precarium) mit der Verpflichtung zur Zahlung eines vectīgal an den Staat entstand. Die auf Rückgabe und Aufteilung dieser (in den Händen der allein über Betriebsmittel verfügenden Reichen vereinigten) agri occupatorii abzielenden leges agrariae nahmen daher den Besitzern rechtlich nichts; tatsächlich aber verloren die letzteren die in das Grundstück gemachten Aufwendungen, abgesehen davon, daß sie im Laufe der Zeit das Bewußtsein, bloß prekären, d. h. widerruflichen Besitz zu haben, verloren hatten.

Die älteste lex agraria war die lex Cassia des Spurius Cassius Viscellinus (486 v. Chr.), welche die Aufteilung des ager publicus unter bedürftige Plebejer und Bundesgenossen anordnete, aber unausgeführt blieb und ihrem Urheber den Tod brachte. Auf sie folgte die zweite der leges Liciniae Sextiae (367 v. Chr. S. 00), an welche die lex agr. des Tiberius Gracchus (133 v. Chr.) mit der Milderung anknüpfte, daß den Besitzern erstattet werden sollte, was sie an Kosten auf die Grundstücke verwendet hatten. Die zurückgegebenen Grundstücke sollten an die Armen verteilt werden, und zwar, um den Rückkauf zu hindern, als unveräußerliches Gut. Die nur zum Teil durchgeführte Reform wurde von Gaius Gracchus 123 v. Chr. aufgenommen. Nach dessen Ermordung (121 v. Chr.) wurde jedoch auf Antrag des vom Senate gewonnenen Volkstribunen M. Livius Drusus zunächst das Veräußerungsverbot aufgehoben. Durch eine lex Thoria 118 v. Chr. wurde die Gracchische Gesetzgebung überhaupt beseitigt, und endlich durch einen im Original erhaltenen (S. 98) Volksbeschluß von 111 (früher fälschlich als lex Thoria bezeichnet) alles in Besitz genommene Land in zinsfreies Privateigentum umgewandelt.

Hiernach bezeichnet der Ausdruck leges agrariae im letzten Jahrhundert der Republik ausschließlich diejenige Gesetzgebung, welche auf Aufteilung des ager publicus gerichtet war. In der Gegenwart umfassen die Ausdrücke Agrargesetzgebung, Agrarpolitik alle diejenigen Gesetze und Bestrebungen, welche auf Erhaltung und Hebung der Landwirtschaft und des ländlichen Berufsstandes gerichtet sind. Dazu gehören u. a. die Befreiung des Grundeigentums und der ländlichen Bevölkerung von den herrschaftlichen Rechten der Großgrundbesitzer

### d. Einzelne Gesetze.

Das Recht der ältesten Zeit beruht ausschließlich auf der Gewohnheit: rex und consul urteilen nach dem Herkommen (vgl. die öfters erwähnte rechtsgeschichtliche Darstellung des Pomponius in D. 1, 2, 2, 1).

Als älteste Rechtsaufzeichnung werden commentarii regii und magistratuum, Sammlungen von Formularen für einzelne Amtsgeschäfte, genannt. Es werden auch bereits aus der Königszeit Gesetze, leges regiae, insbesondere von Servius Tullius erwähnt, welche angeblich nach Vertreibung der Könige von einem pontifex maximus Papirius in einer Sammlung „Ius Papirianum" zusammengestellt worden sind. Dieses Ius Papirianum, von welchem sogar einzelne Sätze noch angeführt werden (zB. D. 11, 8, 2), ist jedoch vermutlich eine aus späterer Zeit stammende Zusammenstellung von Sakralvorschriften der pontifices. Kommentiert wurde es zur Zeit Cäsars durch Granius Flaccus (D. 50, 16, 144).

Die Grundlage der gesamten späteren römischen Rechtsentwicklung bilden die 12 Tafeln. Livius nennt sie fons omnis publici privatique iuris, und noch zu Ciceros Jugendzeit wurden ihre Sätze von den Knaben auswendig gelernt. Den ersten Kommentar schrieb Sextus Älius in seiner Tripertīta (§ 31), spätere Kommentare sind von

---

durch die sog. Grundentlastung (kais. Pat. vom 7. September 1848 und vom 3. März 1849), die Aufhebung des Propinationsrechts d. i. des Rechtes der ausschließlichen Erzeugung beziehungsweise des Ausschanks von Branntwein, Bier und Meth, in Böhmen, Mähren, Schlesien, Galizien und der Bukowina (vgl. zB. für Böhmen das Ges. vom 30. April 1869, LGB. Nr. 55), die Aufhebung des Verbots der Teilung der Bauerngüter im Erbwege, die Regulierung und Ablösung aller Weide- und anderer landwirtschaftlicher Nutzungsrechte an fremdem Grund und Boden (Ges. vom 7. Juni 1883, RGB. Nr. 92—94), die agrarischen Operationen durch Zusammenlegung (Kommassation) oder Teilung gemeinschaftlicher Grundstücke und Vereinigung des Waldlandes von fremden Enklaven (Ges. vom 7. Juni 1883), die Erleichterung der ungeteilten Vererbung der Bauerngüter durch Ermöglichung der Einführung des sog. Höferechts (Anerbenrechts) im Wege der Landesgesetzgebung (Ges. vom 1. April 1889, RGB. Nr. 52).

Labeo und Gajus. Hauptsächlich diesen Bearbeitungen, insbesondere der des Gajus in 6 Büchern, von welcher Bruchstücke in die Pandekten Justinians übernommen sind, verdanken wir die teilweise Kenntnis des Inhalts der 12 Tafeln. Bekannt sind etwa 100 Fragmente, aus denen zuerst Jacobus Gothofredus (1616), später Dirksen (1824), zuletzt Schöll (1866) eine Wiederherstellung versucht haben. Diese Bearbeiter gehen davon aus, daß jedes Buch des Kommentars des Gajus 2 Tafeln umfaßt. Sie verteilen hiernach die Rechtsgebiete in folgender Weise auf die einzelnen Tafeln: 1. und 2. Civilprozeß; 3. Schuldrecht; 4. Familienrecht; 5. Erbrecht; 6. Eigentum; 7. Nachbarrecht; 8. Verbrechen; 9. 10. Öffentliches Recht; 11. 12 Ergänzungen. Fest steht hiervon nur auf Grund einer Äußerung Ciceros (de legibus 2, 4, 9), daß die ersten Worte des Gesetzes sich auf den Beginn des Civilprozesses bezogen (Si in ius vocat ito, usw.).

Sicherlich hat griechisches Recht auf die Zwölftafelgesetzgebung eingewirkt, in welchem Umfang, ist zweifelhaft. Die Sprache ist kurz, klar und befehlend.

Nach Rechtsgebieten eingeteilt sind die bekanntesten Grundsätze der 12 Tafeln:

Öffentliches Recht. 1. Todesurteile gegen römische Bürger können nur in den Zenturiatkomitien (nicht auch in den Tributkomitien, vgl. oben S. 47, 60 erlassen werden: De capite civis nisi per maximum comitiatum ne ferunto. 2. Verbot der Ausnahmegesetze: Privilegia ne irroganto. 3. Beim Prozeß über die Freiheit eines Menschen ist dieser während der Dauer des Rechtsstreits in Freiheit zu belassen: Vindicias dato secundum libertatem. Hiergegen soll Appius Claudius im Prozesse der Virginia (S. 49) gehandelt haben, D. 1, 2, 2, 24. — 4. Hominem mortuum in urbe ne sepelīto neve urĭto.

Privatrecht. 1. Aus dem Sachenrecht. Ersitzung: bei fremden Grundstücken macht zweijähriger, bei beweglichen Sachen einjähriger Besitz den Besitzer zum Eigentümer: Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum annus (unten § 122 b 1). Über den Satz: adversus hostem

aeterna auctoritas vgl. § 35 c 3. 2. Aus dem Schuldrechte. *α.* Die neben mancipatio und nexum erfolgenden mündlichen Abreden (nuncupatio) sind bindend (§ 31): Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. *β.* Bei Körperverletzungen gilt das Talionsprinzip (Vergeltung einer Handlung durch eine gleiche): Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto. 3. Aus dem Familienrechte. Wenn ein Vater dreimal seinen Hausſohn veräußert, so erlischt seine väterliche Gewalt: Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto. 4. Aus dem Erbrecht. *α.* Gewährleistung der Freiheit des letzten Willens: Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto. *β.* Gesetzliche Erbfolgeordnung mangels einer letztwilligen Verfügung (Sui, agnati, gentiles): Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto; si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento. 5. Die den Civilprozeß betreffenden Bestimmungen vgl. im Civilprozeß (Legisaktionenverfahren).

Von den späteren nicht sehr zahlreichen (§ 31) Gesetzen privatrechtlichen Inhalts sind hervorzuheben: die lex Aquilia (287 v. Chr.?, ein Plebiszit) über die Verpflichtung wegen Sachbeschädigung (unten § 112 b 3); die lex Cincia (204 v. Chr.), bekannt geworden durch die vatikanischen Fragmente (S. 121), über Schenkungen (unten § 90 b 1); die lex Atinia (196 v. Chr.?) de aeterna auctoritate furtivae rei (unten § 122 c 1); die lex Atilia (188 v. Chr.), durch welche die obrigkeitliche Ernennung des Vormunds eingeführt wurde; die lex Plaetoria (186 v. Chr.), durch welche der Begriff der Minderjährigkeit geschaffen wurde (unten § 42 b 1); die lex Acilia (repetundarum, 123 v. Chr.) über das Verfahren in den quaestiones perpetuae, die leges de sponsu (unten § 105[4]): lex Apuleia (390 v. Chr.?), Publilia Philonis (383 v. Chr.), Furia (de sponsu, 345 v. Chr.?), Cicereia (173 v. Chr.?), Cornelia (88 v. Chr.); die lex Voconia (169 v. Chr.) über die Beschränkung der Erbfähigkeit der Frauen und die lex Falcidia (40 v. Chr.)

über die Freilassung eines Viertels der Erbschaft von Legaten (quarta Falcidia), über die im Erbrechte zu sprechen ist. Den Civilprozeß betreffen die leges Pinaria (Ernennung von Einzelrichtern), Poetelia (Milderung der Zwangsvollstreckung), Aebutia (Verfahren per formulas); vgl. unten § 32, das Eherecht ordnet die lex Iulia et Papia Poppaea (4—9 n. Chr.).[5])

e. Originalüberlieferungen von Gesetzen:

1. Aus der Zeit der Republik:

α. Tabula Bantina, gefunden 1790 bei Bantia (Unteritalien). Inhalt: Vorderseite anscheinend Schlußsanktion einer lex repetundarum; Rückseite: Bruchstück einer lex municipalis für Bantia.

β. Tabula Heracleensis, 3 Tafeln gefunden 1732 und 1735 bei Heraklea am Meerbusen von Tarent. Inhalt zweier Tafeln: Städteordnung, von Savigny als Teil der lex Iulia municipalis (S. 77) festgestellt.

γ. Lex Rubria de Gallia Cisalpina, gefunden 1760 in den Ruinen von Veleja (beim heutigen Piacenza). Inhalt: Gerichtsordnung (von 49—42 v. Chr.), insbesondere Feststellung der Zuständigkeit der Munizipalmagistrate für Prozesse bis 15000 HS.

---

[5]) Gleich den zwölf Tafeln wird auch dieses Gesetz schlechthin als lex bezeichnet. Es zerfällt in zwei Teile: a. die pars nuptiaria, b. die pars caducaria. Der erste Teil enthält Bestimmungen über die Beförderung der Eheschließung und Kindererzeugung. Alle Männer von 20—60 und alle Weiber von 18—50 Jahren sollen in einer Ehe oder wenigstens in einer dauernden Geschlechtsgemeinschaft (concubinatus) leben. Caelibes (Unverheiratete) und Orbi (Kinderlose) werden im öffentlichen und privaten Rechte zurückgesetzt. Im zweiten Teile werden die caelibes für incapaces erklärt, d. h. das ihnen in einem Testamente Zugewendete wird hinfällig (caducum) und gebührt den in dem Testamente bedachten, mit Kindern gesegneten Familienvätern, in Ermangelung solcher dem Fiskus. Orbi sind zur Hälfte incapaces. Das Maß der Kapazität unter Ehegatten hängt von der Anzahl ihrer Kinder ab. Das Nähere gehört in das Erbrecht. — Versuche zur Wiederherstellung der lex Iulia et Papia Poppaea wurden von Jakob Gothofredus 1617 und Heineccius 1731 unternommen.

δ. Fragmentum Atestinum, gefunden 1880 im Gebiete von Ateſte (heute Eſte, Oberitalien). Inhalt wie bei der lex Rubria, jedoch mit Zuſtändigkeit der Munizipalmagiſtrate bis höchſtens 10000 HS.

ε. Lex repetundarum, bekannt geworden 1621. Inhalt, Vorderſeite: die lex Acilia repetundarum (123 v. Chr.), früher irrtümlich für die lex Servilia (111 v. Chr.) gehalten. Rückſeite: von Mommſen als die letzte, die Gracchiſchen Reformen beſeitigende lex agraria von 111 (S. 93[4]) feſtgeſtellt, früher als die lex Thoria von 118 v. Chr. angeſehen.

ζ. Lex coloniae Genetivae s. Ursonensis, gefunden 1870/74 in Andaluſien. Inhalt: lex data zur Einrichtung einer von Antonius 44 v. Chr. an Stelle des zerſtörten Urſo gegründeten Kolonie.

2. Aus der Kaiſerzeit:

α. Ein Stück der lex de imperio Vespasiani von 69 v. Chr. (S. 79), gefunden in Rom im 14. Jahrhundert.

β. Leges Flaviae Salpensana et Malacitana, gefunden 1851 bei Malaga in Spanien. Inhalt: Gemeindeordnungen (leges datae unter Domitian 82—84 n. Chr.) für die Städte Salpensa und Malaca, wichtig für die Kenntnis der Verfaſſung der latiniſchen Munizipien.

γ. Lex metalli Vipascensis, gefunden 1876 in Portugal. Inhalt: Bergwerksordnung, intereſſant wegen der nur vom Fiskus zu erwerbenden Gewerbemonopole, durch welche der Berechtigte für den Bergwerksbezirk ein Verbietungsrecht (Bannrecht) gegen alle das gleiche Gewerbe Betreibenden erhält.

δ. Tabulae honestae missionis; das ſind Kupferdiptychen[6]), Auszüge aus der lex data zugunſten der Vete-

---

[6]) Römiſches Urkundenweſen.

Als Material dienten urſprünglich mit Wachs ausgegoſſene Holztafeln (tabulae ceratae), in welche mit dem stilus geritzt wurde; ſie wurden zu zweien (diptychae) oder dreien (triptychae) mittels eines Drahtfadens, der durch Löcher auf dem erhöhten Rande gezogen wurde, zuſammengeheftet, ſo daß ſie wie ein Buch aufgeklappt werden

ranen einer Legion, durch welche ihnen besondere Vergünstigungen zugesichert wurden (connubium oder Civität).

---

konnten. Geschrieben wurde nicht wie heute quer, sondern parallel zur Längsseite. Bei den für Rechtsgeschäfte üblichen Triptychen wurde der maßgebende Text (zB. das Testament) auf die Innenseite der beiden vorderen Tafeln geschrieben (interior scriptura). Diese wurden dann mit einem durch Randlöcher gezogenen leinenen Faden (linum) umwickelt, dessen Enden auf der Außenseite angesiegelt wurden. Jeder der vorhandenen Solennitätszeugen drückte auf das linum sein Siegel unter Beischreibung seines Namens (superscriptio, verschieden davon ist die innen unter der Verhandlung erfolgende subscriptio). Wesentlich waren hierbei die Siegel, so daß die Namen auch von fremder Hand geschrieben sein konnten; dagegen nahmen signa turbata und linum incisum der Urkunde die Beweiskraft. Wollte man sich die Kenntnis des Urkundeninhalts für die Folgezeit ermöglichen, so fügte man auf der Innenseite der (offen bleibenden) dritten Tafel eine Abschrift (exterior scriptura) hinzu. Diese Art des Verschlusses ist durch ein Senatskonsult unter Nero angeordnet. In späterer Zeit bildete Papyrus (carta) und Pergament (membrana) das Material, auf welchem mit schwarzer Tinte (vom Kaiser mit roter, sacrum encaustum, S. 86) geschrieben wurde.

Mit dem Material änderte sich auch die Art der Beurkundung. Während nämlich früher die Urkunde (cautio) die Form eines Zeugenprotokolls über die Erklärungen des Ausstellers der Urkunde hatte (zB. lautete die cautio über eine vollzogene Stipulation: eaque ita dari fieri stipulatus est P. Maevius, spopondit L. Titius), also in der dritten Person abgefaßt war (wie die deutschrechtliche notitia), von dem Erklärenden daher auch nicht unterschrieben zu werden brauchte: kam in der Kaiserzeit das chirográphum auf, d. h. ein (der deutschrechtlichen carta entsprechendes) in der ersten Person abgefaßtes, eigenhändig geschriebenes oder mit einem ganzen, das Geschäft wiedergebenden Satz, unterschriebenes Schriftstück (vgl. zB. D. 12, 1, 40).

Die wichtigsten der im Original überlieferten Urkunden, welche als Erkenntnisquellen des Rechts hohe Bedeutung haben, sind a. über Rechtsgeschäfte: Tabula Baetica, ein Formular zu einer mancipatio nummo uno fiduciae causa (Pfandbestellung), gefunden 1867 am Flusse Betis (Guadalquivir) in Andalusien; Schenkungsurkunde des Flavius Syntrophus; die „Siebenbürgischen Wachstafeln", Triptychen aus den Jahren 131—167 n. Chr. mit Urkunden über Darlehen, Sozietät usw., gefunden 1786—1855 in Bergwerken; vor allem aber die „Apōchae Pompeianae", im Hause des L. Cäcilius Jucundus in Pompeji 1875 aufgefundene Quittungen, insbesondere über Auktionserlöse, aus dem ersten Jahrhundert n. Chr.; das (auf Marmor eingegrabene) testamentum Dasumii (108 n. Chr.), bemerkenswert wegen der vielen — sechs — Substitutionen; die in Ravenna aufgefundenen

## § 17. Senatus Consulta.

Zur Zeit der Republik hatte der Senat gesetzgeberische Befugnisse nur in Religionssachen (SC. de Bacchanalibus S. 101) und bei Verwaltung der Provinzen; außerdem stand ihm das Recht der Gesetzesauslegung und der Befreiung von einzelnen Gesetzen zu. In der Kaiserzeit dagegen wurde der Senat in allen Beziehungen als gesetzgebende Körperschaft anerkannt, wenn auch zögernd (G. 1, 4: SC. est quod senatus iubet atque constituit, idque legis vicem obtinet, quamvis fuerit quaesītum). Das älteste bekannte Recht schaffende Senatskonsult ist das SC. Silanianum (Behandlung der Sklaven eines Ermordeten).

Seit Tiberius ersetzen die Senatsschlüsse die leges. Beantragt wurden sie entweder von einem mit dem ius referendi ausgestatteten Beamten (S. 80) oder vom Prinzeps, welcher seine Vorlage (oratio) durch einen „quaestor candidatus principis" verlesen ließ. Mit dem Wachsen der Macht des Prinzeps sank die Zustimmung des Senats zu der oratio derart zu einer Form herab, daß häufig die oratio an Stelle des dieselbe zum Gesetz erhebenden Senatsschlusses als Rechtsquelle angegeben wird, zB. die Oratio Severi von 195 n. Chr., betr. das Verbot der Veräußerung von Mündelgrundstücken (praedia

---

Testamentsurkunden mit dem Eröffnungsprotokolle (474 n. Chr.), nach dem die Zeugen erklärten: in hac voluntate interfui, agnosco anuli mei signaculum et superscriptionem meam, sed et intrinsecus subscripsi; b. Vereinsstatuten (leges), zB. einer Sterbekasse in Lanuvium: lex collegii funeraticii Lanuvini (133 n. Chr.); c. Prozeßurkunden, zB. die lis fullonum (244 n. Chr.), Akten über einen Prozeß zwischen dem Fiskus und der Walkerinnung in Rom über Entrichtung von Zins für die Benutzung einer öffentlichen Wasserleitung; die Sententia Minuciorum, Entscheidung römischer Kommissarien (der Brüder Q. und M. Minucius Rufus, 117 v. Chr.) in einem Grenzstreite zwischen Genua und der Nachbargemeinde der Viturier. — Erwähnenswert sind auch die mehrfach erhaltenen laudationes funebres (Grabreden), zB. auf zwei Frauen: die Turia und die Murdia; erstere Rede handelt u. a. von einer coemptio fiduciae causa, die zweite von einer partitio legata.

rustica und suburbana) ohne vormundschaftsrichterliche Erlaubnis; die Oratio Severi et Antonini (Caracallae) 206 n. Chr., nach welcher die sonst nichtigen Schenkungen unter Eheleuten durch den Tod des Schenkers gültig werden sollen. Hierin liegt der Übergang zur selbständigen Rechtschaffung der Kaiser (§ 18).

Benannt werden die SC. meist nach dem Antragsteller unter Verlängerung seines Gentilnamens, zB. SC. Velleianum — der Konsul hieß Velleius — von 46 n. Chr. über das Verbot der Bürgschaftsübernahme durch Frauen, SC. Iuventianum über den Umfang und die Zulässigkeit der Erbschaftsklage, so benannt nach P. Juventius Celsus, Konsul 129 n. Chr., in den Quellen allerdings nicht so bezeichnet (D. 5, 3, 20, 6), SC. Libonianum (16 n. Chr.) gegen Erbschleicherei, SC. Tertullianum unter Hadrian, durch welches die Mutter gegenüber ihren Kindern, und SC. Orphitianum (178 n. Chr.), durch welches diese gegenüber der Mutter ein gesetzliches Erbrecht erhielten, SC. Trebellianum (62 n. Chr.) und Pegasianum (75 n. Chr.) über die Behandlung der Universalfideikommisse. Zuweilen werden sie nach dem Kaiser benannt: zB. SC. Neronianum, über die Milderung der Unterschiede der Legatsformen, SC. Claudianum von 52 n. Chr., wonach eine Freie, welche sich einem fremden Sklaven ergibt, nach dreimaliger vergeblicher Abmahnung mit ihrem Aktivvermögen dem Herrn des Sklaven zugesprochen wird. Ein Senatsschluß ist nach dem ihn veranlassenden Falle, der occasio legis (S. 29), bezeichnet: SC. Macedonianum unter Vespasian über die Darlehensunfähigkeit der Haussöhne, veranlaßt durch den Vatermord des von Wucherern bedrängten Haussohns Macĕdo (D. 14, 6, 1, unten § 93 b).

Im Original erhalten sind u. a. das SC. de Bacchanalibus von 186 v. Chr. über die Ordnung des Bacchusdienstes, auf einer Bronzetafel gefunden 1640 in Bruttium; SC. Hosidianum und Volusianum (41 und 56 n. Chr.), betr. das Verbot des Verkaufs von Häusern zum Abbruche, gefunden 1600 in Herkulanum auf einer inzwischen wieder verschollenen Kupfertafel.

## § 18. Constitutiones Principum.

### a. Allgemeines.

1. In der dritten Periode traten die Kaiser, da sie bestrebt waren, plötzliche Umwälzungen zu vermeiden (S. 79), zunächst noch nicht als unmittelbare Gesetzgeber auf, bedienten sich vielmehr der Komitien und später des Senats (S. 81). Im 3. Jahrhundert dagegen galt bereits als unbestrittener, aus der lex de imperio (S. 79) hergeleiter Grundsatz: Quod principi placuit, legis habet vigorem (D. 1, 4, 1, pr.).

Die vom Kaiser ausgehenden constitutiones zerfallen ihrer Veranlassung nach in edicta, mandata, decreta, rescripta.

α. Edicta sind allgemeine, vom Kaiser auf Grund seines imperium und des darauf beruhenden ius edicendi erlassene und öffentlich bekannt gemachte Gesetze, welche sich von den Edikten der republikanischen Beamten (§ 19) dadurch unterscheiden, daß sie nicht, wie diese, nur für bestimmte Gebiete, sondern für das ganze Reich Geltung haben. Zweifelhaft ist es, ob sie nur während der Regierungszeit des edizierenden Kaisers (wie die magistratischen Edikte) oder dauernd in Kraft blieben. Berühmt sind die Edikte von Augustus und Claudius: ne feminae pro viris suis intercederent (D. 16, 1, 2, pr., unten § 42 b 3); von Nerva: ne post quinquennium mortis cuiusque de statu quaeratur (D. 40, 15, 4, unten § 55 a 1).

β. Mandata sind Dienstvorschriften des Kaisers für die Beamten, insbesondere die Provinzialstatthalter, welche zwar nur für die Amtsdauer des betreffenden Beamten Geltung hatten, aber bezüglich gewisser ständiger Teile legis vicem erhielten. Ein solcher unveränderlicher Bestandteil des liber mandatorum war zB. seit Trajan das caput ex mandatis (D. 29, 1, 1, pr.): ut quoquo modo (milites) testati fuissent, rata esset eorum voluntas.

γ. Decreta sind Urteile, welche der Kaiser entweder in den extra ordinem in erster Instanz vor ihn gebrachten Prozessen oder auf Appellation fällt. Unmittelbar maßgebend

waren die Dekrete zwar nur für den entschiedenen Fall. Insofern sie aber allgemein gültige Grundsätze aufstellten, gewannen sie eine gesetzesgleiche Autorität und wurden auch in ähnlichen Fällen angewandt. Berühmt ist zB. das decretum divi Marci (von Mark Aurel), nach welchem der Gläubiger, welcher zu seiner Befriedigung dem Schuldner im Wege der Selbsthilfe Sachen fortnimmt, sein Forderungsrecht verliert (unten § 57 b).

δ. Rescripta sind allgemeine Antworten des Kaisers auf an ihn gerichtete Gesuche. Handelt es sich nur um eine für eine bestimmte Person gewährte Vergünstigung (wie zB. bei der legitimatio per rescriptum principis eines unehelichen Kindes, bei der Erteilung der venia aetatis, d. h. der Volljährigkeitserklärung eines minor XXV annis, unten § 42 b 1), so kann von der Anwendung eines solchen rescriptum gratiae auf fernere Fälle nicht die Rede sein. Auch die auf preces einer Partei oder relatio ante sententiam eines Richters ergehenden Prozeßreskripte (rescripta iustitiae) hatten an sich nur für den einzelnen Fall, vorbehaltlich der exceptio sub- et obreptionis, verbindliche Kraft. Stellte das Reskript jedoch einen allgemeinen Rechtsgrundsatz fest (rescriptum generale), so wurde es wie ein Gesetz auch fernerhin zur Anwendung gebracht. Auf den Reskripten beruht seit dem 4. Jahrhundert fast die gesamte Rechtsentwickelung. Sie wurden im consilium principis (S. 84), dessen Mitglieder seit Hadrian als consiliarii Augusti fest angestellt waren, und dem auch die praefecti praetorio (S. 83) angehörten, beraten. Die preces von Privaten wurden durch einen kurzen Vermerk am Rande (adnotatio) oder am Schlusse (subnotatio) des „urschriftlich" zurückgehenden Bittgesuchs, die relationes einer Behörde durch eine besondere epistola beantwortet. Alle Reskripte werden in commentarii gesammelt, aber nicht veröffentlicht (ähnlich wie die päpstlichen Erlasse, Regesta). Die Reskripte beginnen meist mit dem Namen des Kaisers im Nominativ und dem des Adressaten im Dativ, zuweilen mit hinzugefügtem „salutem" (inscriptio). Dann folgt der Text, endlich die „subscriptio" des Kaisers („rescripsi",

„vale“) und die des ausfertigenden Kanzleibeamten („recognovi“) unter Angabe von Zeit und Ort des Erlasses („datum . . . . .“), vgl. zB. Const. Deo auctore C. 1, 17, 1.

Berühmte, neues Recht schaffende Reskripte sind zB.: die epistola Hadriani (I. 3, 20, 4), durch welche das beneficium divisionis für Mitbürgen eingeführt wurde (unten § 105 d 3); das Reskript Mark Aurels (I. 4, 6, 30), welches die Kompensation auch bei stricti iuris iudicia, d. h. ex dispări causa, zuließ (unten § 79 a). — Über die formae (*τύποι*) der praefecti praetorio vgl. S. 83; den bestehenden Gesetzen durften die formae nicht zuwiderlaufen.

2. In der vierten Periode ist der Kaiser alleiniger Gesetzgeber. Allgemeine Gesetze (leges generales) werden durch leges edictales (gerichtet an den Senat — die frühere oratio oder einen hohen Beamten) eingeführt, welche nach der Reichsteilung (S. 85[1]) dem andern Regenten häufig (zB. unter Theodosius II. und Valentinian III.) zur Veröffentlichung zugesandt wurden. Die Benutzung der Prozeßreskripte als allgemeiner Gesetze wird dagegen eingeschränkt, da durch die ungeheure Masse derselben (von Diokletian allein sind 1300 bekannt) eine große Rechtsunsicherheit herbeigeführt war, insbesondere weil die Reskripte vielfach nicht erkennen ließen, ob sie als personalia oder generalia gemeint waren. Daher erklärte Konstantin die gegen bestehendes Recht ergangenen Reskripte in ferneren Fällen für unanwendbar. Arkadius verbot 398 n. Chr. überhaupt die Verwendung von Prozeßreskripten für andere Prozesse, aber ohne durchgreifenden Erfolg, bis Justinian endlich das ganze Prozeßreskriptverfahren aufhob, indem er anordnete, daß die Richter nach den leges generales entscheiden sollten. Nur eine vom Kaiser selbst in Gegenwart der Parteien erlassene Entscheidung sollte Gesetzeskraft haben, und die in Kaiserkonstitutionen sich findenden Interpretationen von Gesetzen sollten authentische sein, d. h. mit den Gesetzen gleiche Kraft haben (S. 29).

Eine besonders feierliche, einer lex generalis nahekommende Art einer epistola ist die sanctio pragmatica,

welche in Angelegenheiten von öffentlichem Interesse (πράγμα) erlassen wird, zB. die Sanctio pragmatica pro petitione Vigilii (s. u.), durch welche die justinianische Gesetzgebung 554 n. Chr. in Italien eingeführt wurde[1]).

b. Im Original erhalten sind von Kaiserkonstitutionen nur wenige Bruchstücke, darunter ein Edikt Augusts über die Wasserleitung in Venafrum (Samnium), von Mommsen auf einem Marmorstein gefunden; ein edictum Diocletiani de pretiis rerum venalium von 301 n. Chr., enthaltend einen Maximaltarif für Waren und Arbeitslöhne. Zahlreiche Konstitutionen sind uns durch den Codex Iustinianeus erhalten, welcher sich wieder stützt auf die

c. Konstitutionensammlungen.

1. Die älteste bekannte ist die des Papirius Iustus unter Mark Aurel, eine Privatsammlung in 20 Büchern. Aus ihr finden sich 16 Stellen in Justinians Pandekten.

2. Der Codex Gregorianus, gleichfalls eine Privatsammlung (eines Gregorius oder Gregorianus?), enthält Konstitutionen aus den Jahren 196—295 n. Chr. und ist unter Diokletian verfaßt.

3. Der Codex Hermogenianus, ebenfalls eine Privatsammlung (eines Hermogenes oder Hermogenianus?), enthält Konstitutionen aus den Jahren 291—295 und 364 bis 365 n. Chr.) und scheint im letzteren Jahre veröffentlicht worden zu sein.

Von beiden codices sind keine Originalhandschriften, sondern nur Auszüge in den Fragmenta Vaticana (S. 121), in der Collatio (S. 121) und dem Papian (S. 123) und im Codex Iustinianeus erhalten.

---

[1]) Pragmatische Sanktion nennt man in neuerer Zeit das eine Staatsangelegenheit ordnende Grundgesetz. Am berühmtesten sind die PS. von 1269 und 1438, welche die Unabhängigkeit der französischen (gallikanischen) Kirche vom päpstlichen Stuhle feststellten, sowie die Pragm. Sanktion Kaiser Karls VI. vom 19. April 1713, nach welcher die gesamten österreichischen und ungarischen Staaten stets ungeteilt bleiben und beim Mangel männlicher Nachkommen auf die weiblichen Nachkommen des Kaisers (Maria Theresia) sich vererben sollten.

4. Der Codex Theodosianus ist die erste amtliche Sammlung der Konstitutionen von Konstantin ab, begonnen auf Veranlassung von Theodosius II. 429 n. Chr. zwecks Beseitigung der durch die Masse der Reskripte hervorgerufenen Rechtsunsicherheit; vollendet und im Einverständnisse mit Valentinian III. in beiden Reichshälften verkündet 438, mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 439. Erhalten ist das Protokoll über die Verkündung im Senat von Rom. Der Codex Theodosianus zerfällt in 16 Bücher. Diese sind in Titel eingeteilt, in welchen die Konstitutionen (auch die später beseitigten) der Zeitfolge nach geordnet sind.

Der C. Th. ist im Cod. Iust. vielfach benutzt und im Auszug im Breviarium (S. 122), aber auch durch selbständige, freilich lückenhafte Handschriften erhalten. Die berühmteste Ausgabe ist von Jakobus Gothofredus (1665) veranlaßt worden. Sie enthält außer dem Texte: Prolegomena (allgemeine Abhandlungen über Entstehung und Inhalt), Paratitla (Inhaltsangabe der Titel), Summae (Inhaltsangabe der einzelnen Konstitutionen) und einen berühmten Kommentar. Die Bücher 1—5 des C. Th. enthalten Privatrecht unter Voranstellung des Ediktsrechts, 6—15 öffentliches Recht, Buch 16 Kirchenrecht.

5. Novellae Theodosianae et Posttheodosianae nennt man die nach 438 neu (novella) erlassenen Konstitutionen, welche die Beherrscher der Reichshälften einander zur Veröffentlichung zusandten. Eine amtliche Sammlung derselben ist nicht erhalten, dagegen ist im Breviarium (S. 122) ein Auszug aus einer Privatsammlung der im Okzident geltenden Novellen überliefert.

6. Constitutiones Sirmondi nennt man nach dem ersten Herausgeber Jakob Sirmond (1631) eine Sammlung von 18 kirchenrechtlichen Konstitutionen, welche einigen Handschriften des Cod. Theod. angehängt ist.

Über die Verarbeitung von Konstitutionen in Juristenschriften vgl. S. 117 ff.

### § 19. Edicta Magistratuum.

Wie weiter unten (§ 32) auszuführen ist, hat den Jurisdiktionsmagistraten jede gesetzgeberische Befugnis ge-

mangelt: Praetor ius dicere potest, facere non potest. Trotzdem beruht (unten § 31) fast die gesamte Rechtsentwicklung der zweiten Periode, die auf eine Milderung, eine Art Modernisierung des starren Zwölftafelrechts hinausläuft, auf der Rechtsübung, insbesondere seitens der Prätoren und der kurulischen Ädilen. Diese Tatsache wird nur durch eine Einrichtung erklärlich, welche es ermöglicht hat, daß trotz des jährlichen Wechsels der Magistrate eine gleichförmige Rechtsprechung gesichert wurde: durch das Edikt.

Die für die Rechtspflege bestellten Magistrate hatten das ius edicendi, d. h. die Befugnis, bei Antritt ihres Amts durch ein edictum in einer contio die Grundsätze bekannt zu machen, nach welchen sie die Rechtspflege handhaben wollten. Das mündlich verkündete Edikt, insbesondere das der Prätoren, wurde außerdem auf weiße Tafeln (daher album praetoris) mit schwarzen Lettern und roten Titelüberschriften (daher rubricae) geschrieben und öffentlich (unde de plano recte legi posset) aufgestellt. Dieses beim Amtsantritte veröffentlichte Edikt hieß edictum perpetuum, im Gegensatze zu den edicta repentina, den im Laufe des Amtsjahrs durch einen einzelnen Fall (prout res incidit) veranlaßten einzelnen Dekreten. Ein solches bildete zB. das edictum si quis omissa causa testamenti, das die Vermächtnisnehmer gegen Erben schützte, welche die testamentarische Erbfolge ausschlagen, um den Nachlaß frei von Vermächtnissen als gesetzliche Erben zu erlangen.

Rechtlich war der Magistrat an die Edikte seiner Amtsvorgänger nicht gebunden: aber er hütete sich vor überstürzten Neuerungen, einmal, weil dadurch leicht die Interzession eines Kollegen oder Volkstribunen (S. 69) herausgefordert wurde, anderseits, weil die neuaufgestellten Grundsätze später gegen den Edizenten selbst verwendet werden konnten (s. u.). Vielmehr entnahm jeder Magistrat dem Edikte seines Vorgängers diejenigen Teile, welche sich in der Praxis bewährt hatten. Dieser immer wieder übernommene Ediktstamm hieß edictum tralaticium, im Gegensatze zu den nova edicta, novae clausulae des Amtsinhabers. Wenngleich daher nach dem eingangs erwähnten Grundsatze von einer Rechtschaffung

durch die Jurisdiktionsmagistrate nicht die Rede war (was Cicero in Verrem I, 42, 109 mit den Worten kennzeichnet: „qui plurimum tribuunt edicto, legem annuam esse dicunt"), so war doch die Übernahme des größten Teils des Edikts durch den Amtsnachfolger etwas derart Selbstverständliches, daß das edictum im letzten Jahrhundert v. Chr. als ebenbürtige Rechtsquelle (ius honorarium) neben den leges (ius civile) erscheint. Über das Verhältnis der beiden Rechtsquellen vgl. oben S. 19 und unten § 31.

Anfänglich gebot nur die Sitte, daß der Edizent selbst sich während seines Amtsjahrs an sein edictum perpetuum hielt. Durch eine lex Cornelia von 67 v. Chr. wurde dagegen mit Rücksicht auf die eingerissene Zügellosigkeit[1]) und darauf, daß die edicta perpetua sich zu einer ständigen Einrichtung entwickelt hatten, gesetzlich festgestellt: ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent.

Entsprechend der Entstehung des Edikts aus der Rechtsübung und gemäß der römischen Anschauung von dem Verhältnisse des materiellen Rechts zum Prozesse, bestand das Edikt nicht aus Rechtsgrundsätzen, sondern war eine Aneinanderreihung von formulierten Rechtsschutzmitteln (actiones, exceptiones, interdicta), deren Gewährung der Magistrat unter gewissen Voraussetzungen versprach: „actionem dabo", „in integrum restituam" usw.

Schon zu Ciceros Zeit war die Hauptmasse des Rechtsstoffs ius honorarium, vorwiegend beruhend auf den Edikten des praetor urbanus und des praetor peregrinus, welchen die Edikte der Provinzialstatthalter nachgebildet waren. Das Edikt der kurulischen Ädilen war wegen ihres beschränkten Geschäftskreises weniger erheblich, vgl. jedoch über die ihm entstammenden „ädilizischen Klagen", S. 74. Einzelne Edikтsformulare wurden nach ihrem Urheber benannt, zB. die formula Octaviana (actio quod metus causa, unten § 44 b), die actio Publiciana (Schutzklage des Ersitzungs-

[1]) Ein Hauptvorwurf Ciceros gegen Verres war, daß dieser „aliter atque ut edixerat decrevisset".

besitzers, unten § 129), die actio Serviana (Klage des Pfandgläubigers, unten § 138 b).

Zum prätorischen Edikt erschienen im letzten Jahrhundert der Republik auch Kommentare, zuerst von Servius Sulpicius, dann von Cäsars Freund Ofilius, später von Labeo und Sabinus. Von diesen Kommentaren ist jedoch nichts auf uns gekommen.

Eine amtliche Redaktion des im wesentlichen schon feststehenden Edikts nahm auf Veranlassung Hadrians 131 n. Chr. Salvius Iulianus (S. 116), „legum et edicti perpetui subtilissimus conditor, wie ihn Justinian in der const. Tanta (C. 1, 17, 2, 18) nennt, vor. Diese durch ein SC. bestätigte und so als Gesetz gegen fernere Abänderung geschützte Ediktskodifikation erhielt nunmehr in anderem Sinn als das alte Edikt den Namen Edictum perpetuum. Sie bildete die Grundlage der Kommentare des Pomponius, Gajus, Ulpian und Paulus, aus welchen der als Edictsmasse („E.", § 24 a) bezeichnete Teil der Digesten Justinians geschöpft ist. Diese Kommentare geben, da im Originale nichts erhalten ist, den alleinigen Anhalt zur Wiederherstellung des Edictum perpetuum, welche zuerst Jakobus Gothofredus (1653), in neuer Zeit Rudorff (1869) und zuletzt Lenel („Edictum perpetuum, 1883), versucht haben. Die Ordnung des Edikts ist nach Lenel die eines Prozesses gewesen: es begann mit der Klageerhebung und schloß mit der Zwangsvollstreckung. Die auf der iurisdictio (S. 68) und die auf dem imperium beruhenden Rechtsbehelfe sind auseinander gehalten; die interdicta, exceptiones und stipulationes praetoriae sind an den Schluß gestellt. Zwischen der iurisdictio und dem imperium finden sich vier, eigentlich dem Civilrecht angehörige Rechtsgebiete: Dos, Tutel, Testament, Legat eingeschoben, welche später als „libri singulares" (§ 24 c 2) eine Rolle gespielt haben. Auch hierdurch wurde die völlige Verschmelzung des ius civile und honorarium (S. 108) erleichtert. Wenn in den Digesten Justinians nach einem der Kommentare ein Satz des Edikts angeführt wird, so geschieht dies mit den Worten „Ait praetor" (z.B. D. 4, 2, 1) oder „Verba edicti talia sunt" (D. 4, 3, 1, 1).

Das ädilizische Edikt war dem Edictum perpetuum angehängt. Dagegen ist unaufgeklärt, ob dies nur das Edikt des städtischen oder auch das des Peregrinenprätors und das Edictum provinciale umfaßt hat. Gegen letztere Annahme spricht, daß noch Gajus (161 n. Chr.) einen Kommentar ad edictum urbicum und einen anderen ad edictum provinciale geschrieben hat (S. 117).

Von den späteren ergänzend (nicht abändernd) zum Edictum perpetuum hinzugefügten novae clausulae ist am bekanntesten die „nova clausula Iuliani de coniungendis cum emancipato liberis eius", D. 37, 8, 3.

## § 20. Geschichte der römischen Rechtswissenschaft[1]) (Responsa Prudentium).

### I. Die Zeit der Republik.

Die Tätigkeit der Juristen dieser Zeit — im Gegensatze zu den späteren „veteres" genannt — äußerte sich im

---

[1]) Von den nichtjuristischen Schriftstellern, deren Werke für die Kenntnis des römischen Rechts von Bedeutung sind, sind zu merken:

a. Historiker: C. Iulius Caesar (100—44 v. Chr.; De bello Gallico, De bello civili); C. Sallustius Crispus (86—35 v. Chr.; Libri Historiarum, De bello Iugurthino, De coniuratione Catilinae); Polybius (204—122 v. Chr.; ἱστορία καθολική, römische Geschichte von 220—146); M. Terentius Varro (116—27 v. Chr.; Antiquitates rerum humanarum et divinarum); Titus Livius (59 v. Chr. bis 17 n. Chr.; römische Geschichte ab urbe condita bis 9 v. Chr.); Cornelius Tacitus (54—120 n. Chr.; Germania oder De origine, situ, moribus ac populis Germanorum; Historiae, Geschichte von 69—96 n. Chr.; Annales, eig. „Ab excessu divi Augusti", Geschichte von 14—69 n. Chr.); C. Suetonius Tranquillus (70—140 n. Chr.; Vitae duodecim Caesarum, Julius Cäsar — Domitian); Dionysius von Halikarnaß (gest. 7 v. Chr.; römische Geschichte ab urbe condita bis zum ersten punischen Krieg in griechischer Sprache; Plutarchus (50—120 n. Chr.; 46 βίοι παράλληλοι von Griechen und Römern); Dio Cassius (geb. 155 n. Chr.; römische Geschichte in griech. Sprache bis 229 n. Chr.); M. Aurelius Cassiodorus (geb. 468

respondere, cavere und agere und später in Schriften[2]). Respondere ist die Erteilung einer Rechtsbelehrung auf Anfrage einer Person über einen praktischen Rechtsfall. An diese Tätigkeit knüpfte auch der erste Rechtsunterricht an, indem die veteres — nach Pomponius (D. 1, 2, 2, 38, vgl. S. 117) zuerst Tiberius Coruncanius, der erste plebejische Pontifex Maximus, S. 51 — auditores beim Respondieren

---

n. Chr.); Procopius (etwa 530 n. Chr., Begleiter Belisars, Verfasser der Ἀνέκδοτα od. Historia arcana, Geheimgeschichte der Zeit Justinians, § 22[1]).

b. Rhetoren und Grammatiker: Marcus Tullius Cicero (106—43 v. Chr.; De legibus, De republica und Orationes, insbesondere Pro Murena cap. 11 ff.); M. Fabius Quintilianus (42—118 n. Chr.; 12 Bücher De institutione oratoria); Verrius Flaccus (unter Augustus, Verfasser eines Festkalenders: Fasti Praenestini und eines antiquarischen Wörterbuchs: De verborum significatu, von welchem Bruchstücke, die Buchstaben M bis V, in einer aus dem 3. Jahrhundert stammenden Bearbeitung des Sextus Pompeius Festus erhalten sind); M. Valerius Probus (unter Nero, Verfasser des Buchs: De litteris antiquis, einer Erklärung der notae, juristischer Abkürzungen); Aulus Gellius (um 175 n. Chr.; Noctes Atticae mit wertvollen Notizen über Rechtsaltertümer).

c. Dichter: P. Virgilius Maro (70—19 v. Chr.); Q. Horatius Flaccus 65—8 v. Chr.); P. Ovidius Naso (43 v. Chr. bis 16 n. Chr.); D. Iunius Iuvenalis (47—121 n. Chr.).

[2]) Titel der juristischen Schriften: Institutiones (zB. von Gajus, Paulus, Ulpian) sind kurze Lehrbücher für den ersten Unterricht, ebenso die Enchiridia (zB. von Pomponius D. 1, 2, 2). Regulae, Definitiones, ὅροι sind kurze Zusammenstellungen von Rechtsgrundsätzen. Opiniones, Sententiae, Pithana (letztere zB. von Labeo) sind für die Praxis bestimmte Handbücher. Digesta sind große Sammelwerke, meist nach dem Systeme des Edikts. Responsa sind Sammlungen von Entscheidungen, Quaestiones (zB. von Africanus) oder Disputationes theoretische Erörterungen über erfundene Rechtsfälle, hervorgegangen aus Besprechungen des Lehrers mit seinen auditores. Epistolae sind Sammelwerke von Briefen eines Juristen, welche auf Anfragen (meist früherer Schüler) ergingen. Notae sind Anmerkungen späterer Juristen zu dem Werk eines älteren (vgl. das Kassiergesetz S. 119). Libri ad oder ex sind ausführliche Kommentare zu einem früheren Werk. Epitome (zB. Epitome Gaii, S. 120) ist ein kurzer Auszug aus einer vorhandenen Schrift.

zuließen, mit denen sie die verhandelten Prozesse oder auch erfundene Fälle besprachen (disputatio fori). Instituere bezeichnet die erste Einführung in die Rechtswissenschaft (daher „Institutionen"), instruere die weitere praktische Ausbildung. — Cavere bedeutet die Mitwirkung bei Rechtsgeschäften, insbesondere durch Abfassung von Urkunden (cautiones, „Kautelarjurisprudenz"). — Agere ist das Auftreten vor Gericht als Sachwalter einer Partei.

In einzelnen Familien — den Claudiern, Äliern, Catonen und Scävolern — wurde die Rechtswissenschaft besonders gepflegt. Berühmte Juristen aus der republikanischen Zeit sind:

a. Vor 200 v. Chr.: Papirius, der angebliche Verfasser des Ius Papirianum (S. 94), den Pomponius als ersten Rechtskundigen anführt; die beiden Appius Claudius (S. 48 und 58[7]), Cn. Flavius und S. Aelius (unten § 31).

b. Aus dem 2. Jahrhundert v. Chr.: die beiden M. Porcius Cato, der ältere mit dem Beinamen Censorius, der jüngere, von welchem die regula Catoniana (unten § 47 a) stammen soll, mit dem Beinamen Licianus (um 160 v. Chr.); Manius Manilius, welcher Formulare für Kaufgeschäfte, die von Cicero sogenannten Manilianae venalium vendendorum actiones, verfaßte.

c. Aus dem letzten Jahrhundert der Republik: Qu. Mucius Scaevola, gest. 82 v. Chr. (der Pontifex Maximus, zum Unterschiede von dem gleichnamigen Augur, dem ersten Lehrer Ciceros), wird von Pomponius als erster Systematiker genannt. Seine Hauptwerke sind ein ius civile in 18 Büchern und ein liber singularis ὅρων (Definitionum), das älteste Werk, aus welchem sich (4) Fragmente in Justinians Digesten finden. In diesen ist er stets als „(Qu.) Mucius" bezeichnet, während mit „Scaevola" der unter Mark Aurel lebende Qu. Cervidius Scaevola, der Lehrer des Papinian und des Paulus (S. 118), gemeint ist. Von Qu. Mucius Sc. stammen die cautio Muciana (unten § 49 d 3) und die praesumtio Muciana (Ver-

mutung für das Eigentum des Ehemanns, s. u.). — Von seinen auditores, zu denen auch Cicero gehörte, ist der berühmteste C. Aquilius Gallus, Prätor mit Cicero 66 v. Chr., Urheber der formula de dolo malo (unten § 44 a), der stipulatio Aquiliana (eines Formulars für eine Generalquittung in Form einer acceptilatio nach vorgängiger Umwandlung aller Forderungen in Stipulationsforderungen, unten § 71) und der Erbeinsetzungsfähigkeit von nach dem Tode des Erblassers geborenen Enkeln (postumi Aquiliani, s. u.). Sein berühmtester Schüler ist Servius Sulpicius Rufus (vgl. D. 1, 2, 2, 43), in den Digesten „Servius" genannt, gest. 43 v. Chr., Verfasser des ersten Ediktkommentars. Er ist der Lehrer des Aulus Ofilius. Dieser wurde von Cäsar mit einer Kodifikation des Rechts betraut, welche aber infolge der Ermordung Cäsars unterblieb. Sein Schüler ist Capito (S. 116), während Labeo ein Schüler des C. Trebatius Testa ist, welcher in den Digesten häufig angeführt wird (zB. in der berühmten l. 3 § 5 D. 41, 2 über die gleichzeitige iusta und iniusta possessio, unten § 115[5]).

## II. Die Juristen der Kaiserzeit.

a. Das ius respondendi. Die S. 111 erwähnten Prozeßgutachten (responsa) der Juristen gewannen je nach dem Ansehen des Respondenten eine gewisse tatsächliche Bedeutung, waren aber rechtlich weder für den gegenwärtigen Prozeß noch für die Folgezeit maßgebend. Zu einer wahren Rechtsquelle (Gaii Inst. 1, 7) wurden die responsa jedoch durch eine Einrichtung des Augustus. Dieser belieh einzelne Juristen (iuris auctores s. conditores) mit dem ius respondendi ex auctoritate principis (vermutlich um auf diese Weise sich einen Einfluß auf die Rechtsentwicklung zu sichern) und bestimmte, daß die von den privilegierten („patentierten") Juristen schriftlich und versiegelt erteilten responsa für den fraglichen Rechtsstreit maßgebend sein sollten, vorausgesetzt natürlich (wie bei den Reskripten, S. 103), daß der dem responsum zugrunde gelegte Tatbestand der Wahrheit ent-

sprüche. Widersprachen die responsa einander, so war — wie später Hadrian ausdrücklich bestimmte — der Richter an keins gebunden. Waren hiernach die responsa nur für einen einzelnen Fall von Bedeutung, so steigerte sich (gerade wie bei den rescripta, S. 103) ihr Ansehen doch allmählich derart, daß auch frühere, in den Juristenschriften (Responsensammlungen, oben S. 111) niedergelegte responsa wie Gesetze angewandt wurden. Die durch die große Fruchtbarkeit der juristischen Schriftsteller erzeugte Rechtsunsicherheit führte später (wie bei den Reskripten, S. 104) zu gesetzlichen Beschränkungen (Kassiergesetz, Zitiergesetz, S. 119).

b. Die Rechtsschulen (Prokulianer und Sabinianer). Seit der Aufrichtung des Kaisertums bis in das 3. Jahrhundert n. Chr. scheiden sich die Juristen in zwei — in vielen einzelnen Punkten voneinander abweichende — Schulen, welche an die Namen von Labeo und Capito anknüpfen, ihre Bezeichnung als Proculiani oder Pegasiani und als Sabiniani oder Cassiani jedoch von Nachfolgern der genannten Führer angenommen haben. Auf welchen allgemeinen Gesichtspunkt der Gegensatz der beiden sectae zurückzuführen ist, ist streitig. Pomponius stellt (D. 1, 2, 2, 47) den Gegensatz so dar: Ateius Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat, Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit. Hieraus haben einige gefolgert, daß die Sabinianer sich mehr an den Buchstaben des Gesetzes gehalten, die Prokulianer einer fortschrittlichen Auffassung gehuldigt haben. Dem widerspricht jedoch die weitere Entwicklung, zB. die Tatsache, daß der zweifellos einen Fortschritt bedeutende Satz „omnia iudicia esse absolutoria“ (§ 61[7]) von den Sabinianern herrührt. Andere wollen den Gegensatz als einen politischen (Sabinianer = Anhänger des Kaisertums, Prokulianer = Anhänger der Republik) oder philologischen (Sabinianer = Anomalisten, Prokulianer = Analogisten) hinstellen oder endlich ihn unter Verneinung jeder inneren Verschiedenheit auf das Bestehen zweier örtlich getrennter Rechtsschulen (stationes ius docentium) zurückführen, deren erste „Rektoren“ Labeo und Capito gewesen seien.

In die Digesten Justinians sind in der Regel die Meinungen der Sabinianer aufgenommen, seltener die der Prokulianer. Das letztere geschah jedoch zB. beim Tausche, den die Prokulianer als eigenen Innominatkontrakt, die Sabinianer als doppelseitigen Kauf auffaßten (D. 18, 1, 1, 1; unten § 89); bei der Bestimmung des Mündigkeitstermins (pubertas) für Knaben, welchen die Prokulianer auf die Vollendung des vierzehnten Jahrs setzten, während die Sabinianer auf die ex habitu corporis sich ergebende Geschlechtsreife sehen wollten (I. 1, 22, pr.; bei Mädchen wurde als Pubertätsgrenze die Vollendung des zwölften Jahrs von beiden Schulen anerkannt; unten § 42 b 1). Zuweilen (zB. bei der Spezifikation, I. 2, 1, 25) hat Justinian eine Mittelmeinung angenommen (unten § 123 c).

Die berühmtesten Mitglieder der beiden Schulen sind:

1. Proculiani oder Pegasiani.

α. Marcus Antistius Labeo[3]) unter Augustus, starrer Republikaner, hochbedeutend und vielseitig gebildet (D. 1, 2, 2, 47, oben S. 114). Er soll 400 libri hinterlassen haben, darunter Kommentare zu den zwölf Tafeln und zum prätorischen Edikt. Liber ist aber nicht etwa ein abgeschlossenes Werk, sondern bedeutet eine Papyrusrolle, welche etwa 1500 bis 2500 Zeilen zu 35 Buchstaben umfaßt.

β. Seine successores waren: M. Cocceius Nerva (Großvater des Kaisers, gest. 33 n. Chr.); sein gleichnamiger Sohn („Nerva filius"); Sempronius Proculus (dessen Epistolae in den Digesten benutzt sind) und Pegasus (Urheber des SC. Pegasianum, S. 101) unter Vespasian, nach denen die Schule benannt ist; P. Iuventius Celsus, Vater und Sohn. Nach letzterem (Konsul 129 n. Chr.) ist das SC. Iuventianum (S. 101) benannt und die sog. condictio Iuventiana (D. 12, 1, 32, unten § 43 b). Von

[3]) Vgl. Pernice († 1901): „Marcus Antistius Labeo, das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit."

ihm stammt auch die bekannte „Responsio Celsina“[4]). Sein in den justinianischen Digesten benutztes Hauptwerk sind 39 Bücher Digesta. Der letzte nachweisbare Prokulianer ist Neratius Priscus unter Trajan.

2. Sabiniani oder Cassiani.

α. C. Ateius Capito, serviler Anhänger des Augustus, weniger bedeutend als Labeo. Viel bedeutender ist sein successor, der der Schule den Namen gegeben hat:

β. Massurius Sabinus, unter Tiberius, aus dürftigen Verhältnissen hervorgegangen[5]), Verfasser der berühmten — dem Systeme des Mucius, S. 112, folgenden — Libri tres iuris civilis, welche mit den Kommentaren des Pomponius, Ulpian und Paulus (libri ex Sabino oder ad Sabinum) die mit S. bezeichnete (civilrechtliche) „Sabinusmasse“ (§ 24 a) der justinianischen Digesten ausmachen. Auf C. Cassius Longinus (daher „Cassiani“) und Iavolenus Priscus folgt der geniale

γ. Salvius Iulianus, unter Hadrian, der berühmte ordinator Edicti perpetui (S. 109), von dessen Hauptwerk (90 Bücher Digesta) 376 Fragmente in Justinians Digesten aufgenommen sind.

---

[4]) In der D. 28, 1, 27 wiedergegebenen Stelle aus seinen Digesten erzählt Celsus von der Anfrage eines gewissen Domitius Labeo darüber, ob ein Testament gültig sei, bei welchem ein zum Schreiben Hinzugezogener gleichzeitig als einer der sieben Testamentszeugen unterschrieben habe. Celsus faßt die Frage dahin auf: ob die Zeugnisfähigkeit dadurch beeinträchtigt werde, daß der Zeuge das Testament geschrieben habe, und erwidert: non intelligo quid sit, de quo me consulueris, aut valide stulta est consultatio tua. Mit Rücksicht hierauf nennt man eine „dumme Frage“ quaestio Domitiana, eine „grobe Antwort“ responsio Celsina. Tatsächlich hat Celsus den Domitius nicht verstanden. Dieser wollte — was zweifelhaft sein konnte — mit Rücksicht darauf, daß die Testamentszeugen idonei, voluntarii, rogati, also um ihr Zeugnis gebeten sein mußten, anfragen, ob ein nur zum Schreiben, nicht zum Zeugnis gebetener ein vollgültiger Zeuge sei.

[5]) D. 1, 2, 2, 50: huic nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est.

δ. Sextus Pomponius unter Antoninus Pius ist u. a. Verfasser des liber singularis Enchiridii, aus welchem die öfters erwähnte rechtsgeschichtliche Darstellung (D. 1, 2, 2, vgl. S. 111) entnommen ist.

ε. Sextus Caecilius Africanus, unter Antoninus Pius, hat ein Werk Quaestiones geschrieben, dessen Themata besonders schwierig sind (daher Africani lex = schwierige Rechtsfrage). Sein Lehrer war Salvius Iulianus, welcher nach der herrschenden, von Cujacius aufgestellten Ansicht auch gemeint ist, wenn in den Quaestiones die Entscheidung mit „ait", „respondit", „negavit" usw. in der dritten Person gegeben ist, vgl. zB. D. 16, 1, 19, pr.

ζ. Gaius, einer der letzten Sabinianer, unter Mark Aurel, ist eine rätselhafte Erscheinung. Mommsen hält ihn für einen Provinzialjuristen in Troas, Dernburg für einen Rechtslehrer in Rom. Von seinen Zeitgenossen völlig unbeachtet (er hatte nicht das ius respondendi), wird er erst seit dem Zitiergesetze (S. 119) genannt und verdankt seine Berühmtheit vor allem seinem Institutionenlehrbuche „Gaii Institutionum iuris civilis commentarii quattuor" („G."), welches uns fast vollständig handschriftlich erhalten ist. Diese Institutionen, welche den justinianischen Institutionen als Vorlage gedient haben[6]), sind — nach einer Einleitung — nach dem Grundsatz eingeteilt: Omne ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. Das erste Buch behandelt danach Personen- und Familienrecht, das zweite und dritte Sachen-, Erb-, Obligationenrecht, das vierte den Prozeß. Von den Werken des Gajus (von welchen 535 Fragmente in Justinians Digesten aufgenommen sind) sind außerdem zu nennen: Die Kommentare zum Edictum urbicum und provinciale (S. 110) sowie zu den zwölf Tafeln und Aurea sive res cottidianae (Rechtswahrheiten). Gajus — dessen voller Name unbekannt ist („Gaius" ist nach der herrschenden, aber mehrfach bekämpften

[6]) Die aus Gajus' Lehrbuch entlehnten Stellen der justinianischen Institutionen sind in der Ausgabe von Krüger durch ⊢ ⊣ kenntlich gemacht.

Ansicht nur Vorname) — bezeichnet sich selbst als Anhänger der Sabinianer, welche er in seinen, den Schulgegensatz besonders klar machenden Institutionen „nostri praeceptores" nennt, während er von den Prokulianern als „diversae scholae auctores" spricht. Mit Gajus hört der Gegensatz auf. Die folgenden und insbesondere die klassischen[7]) Juristen (*οἱ κορυφαῖοι τῶν νομικῶν*, D. 27, 1, 13, 2) gehören keiner Schule an.

c. Die klassischen Juristen:

1. Aemilius Papinianus, der berühmteste römische Jurist, geboren unter Antoninus Pius (138—161 n. Chr.), Praef. praet. unter Septimius Severus, getötet auf Befehl Caracallas 212, weil er dessen Brudermord an Geta nicht verteidigen wollte (angeblich mit den Worten „non tam facile parricidium excusari posse quam fieri"). Sein Lehrer war Qu. Cervidius Scaevola (S. 112). Seine Hauptwerke sind 37 Bücher Quaestiones und 19 Bücher Responsa. Die seinen Schriften entnommenen 595 Fragmente bilden in den justinianischen Digesten den Grundstock der mit „P." bezeichneten Papiniansmasse (§ 24 a). Sein Schüler war

2. Domitius Ulpianus, geb. um 170 n. Chr. in Tyrus, dem er das ius Italicum (S. 78[3]) verschaffte, Praef. praet. unter Alexander Severus seit 222, getötet 228 von den Prätorianern. Seine Hauptwerke sind: 83 Bücher ad Edictum (also ius honorarium) und 51 Bücher ad Sabinum (also ius civile, S. 116). Er ist in den Digesten Justinians mit 2462 Fragmenten (fast $^1/_3$ aller Exzerpte) vertreten.

3. Iulius Paulus, wie Papinian Schüler des Scävola, Praef. praet. mit Ulpian, ist in den Digesten Justinians mit 2080 Fragmenten vertreten. Seine Haupt-

---

[7]) Das Wort klassisch in der Bedeutung von „maßgebend" hängt mit der Bezeichnung der erstklassigen Bürger als classici (S. 56) zusammen; man verband mit der Bezeichnung classicus (zB. testes classici) später den Begriff des Vornehmen, Bevorzugten, Maßgebenden.

werke sind 78 Bücher ad Edictum, 16 Bücher ad Sabinum und sein später hochangesehenes Werk „Pauli sententiarum receptarum ad filium libri quinque" (S. 120).

Ulpian und Paulus waren nicht schöpferisch tätig, wie Papinian, sondern mehr Bearbeiter des vorhandenen Rechtsstoffs.

4. Herennius Modestinus (um 235 n. Chr.), Schüler Ulpians, ist in den Digesten Justinians mit 344 Fragmenten in der Ediktsmasse vertreten; er schreibt schon vielfach griechisch.

d. Nachklassische Rechtswissenschaft.

Die folgenden Juristen bis auf Justinians Zeit haben nicht den Ausbau des Rechts selbstschöpferisch gefördert, sondern nur die Ergebnisse der klassischen Jurisprudenz gezogen. Erwähnenswert sind Aelius Marcianus, welcher u. a. ein Pfandrecht (liber singularis ad formulam hypothecariam) geschrieben hat, und als späteste der in den Digesten Justinians benutzten Juristen: Hermogenianus (Verfasser des codex Hermogenianus?, S. 105) und Arcadius Charisius (um 350 n. Chr.).

Die Praktiker erkannten nunmehr nur 2 Rechtsquellen an:

1. ius, d. h. die klassische juristische Literatur;

2. leges, d. h. die Kaisergesetze, durch welche jetzt allein noch die Fortbildung des Rechts möglich war.

Die durch Benutzung der ungeheuren Literatur hervorgerufene Rechtsunsicherheit wollten zwei Konstitutionen vermindern:

α. Das sog. Kassiergesetz von Konstantin (321), welches den notae des Ulpian und Paulus zu Papinians Schriften die maßgebende Bedeutung nahm (was die Praxis auch auf die notae des Marcian ausdehnte).

β. Das (von Hugo, Professor in Göttingen, gest. 1844, so genannte) Zitiergesetz von Theodosius II. und Valentinian III. (426 n. Chr., Cod. Theod. 1, 4, 3). Dieses Gesetz, dessen Auslegung im einzelnen sehr streitig ist, bestimmt: gesetzesgleiche Geltung sollen nur die Schriften von

Papinian, Ulpian, Paulus, Modestin und Gajus haben. Die von diesen angeführten Juristen dagegen sollen nur dann maßgebend sein, wenn das Zitat durch Handschriften als richtig festgestellt wird. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den anerkannten Juristen soll Stimmenmehrheit, bei Stimmengleichheit Papinian, bei dessen Schweigen der Richter selbst entscheiden. Die Sententiae receptae des Paulus sollen immer gelten (so daß also in den hier behandelten Fragen eine Heranziehung der übrigen Juristen gar nicht stattfindet); dagegen soll die bereits durch das Kassiergesetz erfolgte Außerkraftsetzung der notae des Paulus und Ulpian zum Papinian fortdauern.

e. Originalüberlieferungen und Sammlungen von Juristenschriften:

1. Gaii Institutiones (S. 117) waren bis zum Anfange des 19. Jahrhunderts nur aus der Überarbeitung in den Institutionen Justinians und einzelnen in die Digesten aufgenommenen Stellen, sowie in einem in das Breviarium (S. 122) aufgenommenen Auszug (Epitome Gaii) bekannt. Im Jahre 1816 fand Niebuhr, der geniale Geschichtsforscher, in der Bibliothek des Domkapitels von Verona in einem mit den Epistolae des Kirchenvaters Hieronymus überschriebenen Palimpseste[8]) das Werk eines alten Juristen (wie er meinte, Ulpians) auf. Auf Veranlassung von Savigny, welcher in der Urschrift eine Handschrift der Institutionen des Gajus vermutete, entzifferte Göschen im Auftrage der Preußischen Akademie der Wissenschaften 1820 den größten Teil der Handschrift. Durch spätere Lesungen von Bluhme 1824

---

[8]) Palimpsest (codex rescriptus), von παλιμψάω, wieder abkratzen, ist ein Pergament, welches durch Entfernung der ursprünglichen Schrift zum Beschreiben von neuem verwendbar gemacht ist. In neuerer Zeit hat man durch chemische Mittel die Urschrift wiederherzustellen verstanden.

Niebuhr befand sich 1816 in Verona auf der Durchreise nach Rom, wohin er sich als preußischer Gesandter zu den Unterhandlungen mit der Kurie begab, deren Ergebnis die Bulle „De salute animarum“ (1821) war.

(schedae Bluhmianae) und Studemund 1868 ist fast der ganze Inhalt bekannt geworden. Drei Blätter der etwa im 5. Jahrhundert in Unzialschrift, d. h. großen Buchstaben (uncia = Zoll), geschriebenen Handschrift sind verloren.

2. Fragmenta de iure fisci sind zwei gleichzeitig mit den Institutionen des Gajus aufgefundene Pergamentblätter; der Verfasser der Schrift ist unbekannt.

3. Berliner Fragmente sind zwei 1877 in Ägypten gefundene, jetzt in Berlin befindliche Pergamentblätter mit einem Bruchstück aus Buch 5 der Responsa Papinians und einer Notiz unsicherer Herkunft über die peregrini dediticii (s. u.).

4. Tituli ex corpore Ulpiani nennt man einen von Johann Tilius (Dutillet) 1549 entdeckten, von Savigny von neuem im Vatikan aufgefundenen Auszug aus Ulpians liber singularis regularum.

5. Ulpiani fragmenta Vindobonensia sind zwei 1835 auf der Wiener Hofbibliothek aufgefundene Bruchstücke aus Ulpians Institutionen.

6. Dositheï magistri Interpretamenta sind Übungsstücke des Grammatikers Dositheus (207 n. Chr.) zum Übersetzen aus dem Lateinischen in das Griechische, denen zwei Bruchstücke juristischen Inhalts — über Rechtsquellen und Freilassungen — eines unbekannten Verfassers angefügt sind.

7. Zusammenstellungen von Juristenschriften enthalten die folgenden handschriftlich überlieferten Sammlungen:

*α.* Die Fragmenta Vaticana sind Bruchstücke einer 1820 vom Kardinal Angĕla Maï im Vatikan entdeckten Privatsammlung eines unbekannten Verfassers (um 400 n. Chr.), mit Auszügen aus Papinian, Ulpian, Paulus, unter Einflechtung von Kaiserkonstitutionen aus den Cod. Gregorianus und Hermogenianus (S. 105).

*β.* Die Collatio (legum Mosaicarum et Romanarum) oder Lex Dei (quam praecepit dominus ad Moysen) ist eine um 400 n. Chr. entstandene, dieselben Quellen wie die Fragmenta Vaticana, daneben aber auch

Gajus und Modestin benutzende Privatarbeit namentlich zur Vergleichung der Grundsätze des mosaischen und römischen Strafrechts nach der Ordnung der zehn Gebote.

γ. Die Consultatio (veteris cuiusdam iurisconsulti) ist eine Sammlung von Antworten eines causidicus (Anwalts) auf Anfragen, unter Mitteilung von Belegstellen (lectiones) aus den Sententiae receptae des Paulus und den drei Codices (S. 105); entstanden wahrscheinlich 440 in Gallien;

δ. Das Syrisch-Römische Rechtsbuch, 470 n. Chr. geschrieben, ist eine Privatdarstellung des Syrischen Provinzialrechts unter dem Einflusse des römischen Rechts, welche im Orient, selbst nach der Kodifikation Justinians, noch großes Ansehen genoß.

Alle Überreste vorjustinianischer Jurisprudenz sind zusammengestellt in dem Werke von Huschke: „Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt." Vgl. auch die von Krüger, Mommsen und Studemund herausgegebene „Collectio librorum iuris anteiustiniani."

## § 21. Kodifikation in den germanischen Reichen.

In den nach dem Sturze des weströmischen Reichs auf dessen Gebiet entstandenen germanischen Reichen blieb für die Römer, nach dem von den Germanen anerkannten Personalitätsprinzipe (S. 31), das römische Recht ferner maßgebend. Dasselbe wurde in Kodifikationen (leges Romanae im Gegensatze zu den für die Germanen erlassenen leges Barbarorum) zusammengefaßt. Diese für die Wiederherstellung des vorjustinianischen Rechts bedeutsamen leges Romanae sind:

a. Lex Romana Wisigotorum oder (wie man das Rechtsbuch seit dem 16. Jahrhundert nennt) Breviarium Alaricianum ist ein von Alarich II. 506 n. Chr. veranlaßtes Gesetzbuch für die Römer des Westgotenreichs (Spanien, Südfrankreich) und enthält: 1. vom ius (S. 119): die Epitome Gaii (sog. Westgotischer Gajus, Auszug aus dessen Institutionen in zwei Büchern), die Sententiae des Paulus

(abgekürzt), und zum Schluß eine Stelle aus Papinians liber I. Responsorum; 2. von den leges: stark verkürzte Auszüge aus den drei Codices (S. 105). Der Text — mit Ausnahme der Epitome Gaii — ist mit einer Interpretatio versehen. Das uns in vielen Handschriften überlieferte Gesetzbuch wurde in Spanien durch eine unter Chindaswind (650) für Germanen und Römer erlassene lex Wisigotorum, in Südfrankreich erst im 12. Jahrhundert durch das Eindringen der justinianischen Kodifikation außer Kraft gesetzt.

b. Lex Romana Burgundionum oder Papianus ist ein im Burgunderreich (Rhonetal) unter Gundobad (500) für die Römer erlassenes Gesetzbuch, dessen Stoff den drei Konstitutionensammlungen, den Sententiae des Paulus und den Institutionen des Gajus entnommen ist. Der seit der ersten Ausgabe durch Cujacius 1566 übliche Titel „Papianus" (verstümmelt aus „Papinianus") erklärt sich daraus, daß in einigen Handschriften die lex Romana Burgundionum dem Breviarium Alaricianum angehängt ist und die Abschreiber dessen letzte Stelle: „Pap. lib. I. Responsorum" als Überschrift und Beginn der lex Romana Burgundionum ansahen.

c. Edictum Theodorīci ist ein von Theodorich dem Großen (S. 86[1]) geschaffenes, gleichmäßig für Ostgoten und Römer verbindliches Gesetzbuch (um 500), bestehend aus 154 kurzen Artikeln, dessen Stoff den 3 Codices und den Sentenzen des Paulus entnommen ist.

## II. Die Kodifikation durch Justinian.

### § 22. Übersicht.

Flavius Iustinianus wurde nach der bisherigen Annahme[1]) 482 n. Chr. in Tauresium in Westillyrien von

[1]) Die bisher üblich gewesene Darstellung der Abstammung Justinians stützte sich auf Angaben des Alemanni in der 1623 herausgegebenen Historia arcana (Anecdota) Prokops. Die von Alemanni benutzte Quelle, eine Vita Iustiniani eines Theophilus abbas, ist

slavischen Eltern (Vater: Sabbatius, Mutter: Bigleniza) geboren. Er kam an den Hof seines Onkels, des Kaisers Justinus, welchem er am 1. August 527 in der Herrschaft nachfolgte, nachdem er bereits am 1. April 527 zum Mitregenten ernannt war. Justinian besaß ein großes Geschick in der Wahl seiner Beamten. Seine kriegerischen Erfolge verdankt er seinen Feldherren Belisar (Zerstörung des Vandalenreichs in Afrika unter Gelimer 534) und Narses (Vernichtung des Ostgotenreichs unter Tejas in der Schlacht am Vesuv 553); seine gesetzgeberischen seinem Justizminister (quaestor sacri palatii, S. 87), dem Pamphylier Tribonian. Justinians Historiograph, Prokop, hebt ihn in seiner amtlichen Geschichte in den Himmel; dagegen ist eine im 17. Jahrhundert aufgefundene Geheimgeschichte Prokops (Historia arcana, *Ἀνέκδοτα*) voll von Schmähungen gegen Justinian und seine Gemahlin Theodora, die Tochter eines Bärenführers, eine frühere Schauspielerin.

Justinian war selbst rechtskundig und vermochte sehr wohl die Mißstände zu beurteilen, welche sich aus der willkürlichen Benutzung des Juristenrechts (ius) und der mangelhaften Kodifikation der Kaisergesetze (leges) herschrieben. Wie man auch über Justinians Charakter denken mag — jedenfalls gebührt ihm das Verdienst, das römische Recht zu einem Abschlusse gebracht und der ferneren Rechtsentwicklung des größten Teils von Europa für eineinhalb Jahrtausende die Grundlage gegeben zu haben.

In der Kodifikation Justinians sind folgende Abschnitte zu unterscheiden:

---

nun vor einigen Jahren in der Bibliothek Barberini in Rom von Giacomo Bryce aufgefunden und geprüft worden. Justinian wird darin Uprauda, sein Geburtsort Prizriena, sein Vater Istok, seine Mutter Priglenizza, seine Frau Bosidara genannt. Bryce hält den Inhalt der Handschrift für romanhaft, die angegebenen Namen für spätere slavische Übersetzungen aus dem Lateinischen und Griechischen (Uprauda = iustus, vgl. das heutige polnische Wort prawda = richtig; Bosidara = a deo donata, d. i. Theodora), Justinian für einen Thrazier oder Mazedonier.

I. Vorbereitende Arbeiten (§ 23):

a. Vetus Codex. Begonnen auf Grund der Constitutio Haec quae necessario vom 13. Februar 528; veröffentlicht mit der Const. Summa rei publicae vom 7. April 529; Gesetzeskraft vom 16. April 529.

b. Liber quinquaginta decisionum, 529—534.

II. Pandectae oder Digesta (§ 24). Begonnen auf Grund der Const. Deo auctore vom 15. Dezember 530; veröffentlicht durch die Const. Tanta (griech. *Δέδωκεν*) vom 16. Dezember 533; Gesetzeskraft vom 30. Dezember 533; 50 libri, 432 tituli, 9123 fragmenta.

III. Institutiones (§ 25). Veröffentlicht durch die Const. Imperatoriam maiestatem vom 21. November 533, gerichtet an die „cupida legum inventus"; Gesetzeskraft vom 30. Dezember 533 gemäß l. 23 der Const. Tanta; 4 libri, 98 tituli.

IV. Codex repetitae praelectionis (§ 26). Veröffentlicht durch die Const. Cordi[2]) vom 16. November 534; Gesetzeskraft vom 29. Dezember 534; 12 libri, 765 tituli, 4652 Konstitutionen.

V. Novellae (sc. leges, § 27 A), aus den Jahren 535—565.

VI. Rechtsstudium (§ 27 B), geordnet durch Const. Omnem reipublicae vom 16. Dezember 533.

Den Namen Corpus iuris civilis (§ 28) hat die Gesetzgebung Justinians zuerst in der Gesamtausgabe des Dionysius Gothofredus von 1583 erhalten.

---

[2]) Zur Unterstützung des Gedächtnisses bemerke man, daß die Anfangsbuchstaben der drei Hauptteile und der diese betreffenden Veröffentlichungsgesetze übereinstimmen (Digesten — Δέδωκεν, Institutionen — Imperatoriam maiestatem, Codex — Cordi).

Die Titelzahl der drei abgeschlossenen Werke ist leicht zu merken, wenn man die Reihenfolge: Institutionen (98), Codex (765), Digesten (432) behält; so hinter einander gestellt geben die Ziffern der Titel eine Folge von 9 bis 2 (98—765—432).

## § 23. I. Vorbereitende Arbeiten.

### a. Vetus codex.

Zur Sammlung und Sichtung der leges (S. 119) berief Justinian mit der an den Senat von Byzanz gerichteten Constitutio de novo codice faciendo: „Haec quae necessario (corrigenda esse multis retro principibus visa sunt“ usw.) vom 13. Februar 528 eine Kommission von 10 Mitgliedern, darunter Tribonian — damals noch nicht quaestor sacri pal. — und Theophilus, antecessor (Professor) in Konstantinopel. Ihre Arbeit wurde als ausschließliche Zusammenstellung der leges, neben welcher die Anführung von Konstitutionen aus anderen Quellen bei Strafe der Fälschung verboten wurde, am 7. April 529 mittels der an den Praef. praet. Menna gerichteten Const. „Summa rei publicae (tuitio de stirpe duarum rerum, armorum atque legum veniens“ usw.) mit Gesetzeskraft vom 16. April 529 veröffentlicht. Von diesem sog. Vetus codex ist nichts überliefert.

### b. Liber quinquaginta decisionum.

Zwecks Vorbereitung der Sammlung der Juristenschriften (des ius, S. 119) erließ Justinian in den folgenden Jahren einzelne Konstitutionen zur Entscheidung von Streitfragen und Beseitigung veralteter Rechtsinstitute. Von diesen wurden 50 in einer Sammlung zusammengestellt. Auch von diesem Liber L decisionum ist nichts erhalten; wohl aber sind viele dieser Konstitutionen in den Codex repetitae praelectionis aufgenommen (vgl. I. 1, 5, 3).

## § 24. II. Pandectae s. Digesta[1]).

### a. Plan und Ausführung.

Durch die an Tribonian gerichtete Const. de conceptione Digestorum: „Deo auctore (nostrum gubernantes

[1]) Pandectae kommt her von πᾶν und δέχομαι, alles (ius) enthaltend, Digesta von digerere, sammeln. Beide Titel nebeneinander finden sich in I. 4, 6, 5, der Titel „Digesta“ allein steht in der berühmten Stelle betr. den unus casus I. 4, 6, 2; unten § 127[3].

imperium", C. de vetere iure enucleando 1, 17, 1) vom 15. Dezember 530 befahl Justinian die Sammlung des noch geltenden Juristenrechts (ius) in 50 Büchern. Tribonian berief eine Kommission von 16 Mitgliedern, Beamte, Advokaten und Professoren, unter diesen die antecessores Theophilus (Konstantinopel) und Dorotheus (Berytus). Die Kompilatoren (von compilare, plündern) haben die Werke von 39 Schriftstellern (mit 2000 libri, S. 115, und drei Millionen versus, Zeilen) benutzt, und zwar im Anschluß an das Zitiergesetz (S. 119), jedoch unter Entbindung von dessen Vorschriften über die Entscheidung streitiger Fragen, sowie unter Wiederherstellung der Geltung der Noten des Paulus, Ulpian (und Marcian) zum Papinian (S. 120). Von den benutzten Juristen sind 3 (Qu. Mucius, Alfenus Varus, Aelius Gallus) vorklassische, 34 klassische und zwei (Arcadius Charisius und Hermogenianus) nachklassische. Die ausgewählten Exzerpte (fragmenta, leges) wurden unter die schon vorher bestimmten 50 libri und deren Unterabteilungen, tituli, gebracht, und zwar teilte die Kommission, wie Bluhme 1820 nachgewiesen hat, die gesamte benutzte Literatur in 3 Massen, welche von verschiedenen Abteilungen bearbeitet wurden: 1. die Sabinusmasse (in den Digestenausgaben mit „S." bezeichnet), deren Hauptteil die Kommentare (insbesondere Ulpians) ad Sabinum (S. 116) bilden, also Civilrecht, etwa $^2/_5$ der Gesamtmasse; 2. die Edictsmasse („E."), deren Hauptteil die Kommentare (insbesondere Ulpians) ad Edictum bilden, ebenfalls etwa $^2/_5$ der Gesamtmasse; 3. die Papiniansmasse („P."), d. h. Auszüge aus den Responsensammlungen, insbesondere Papinians. Postpapiniansmasse („pP.") oder Appendix („A.") nennt man einen Nachtrag von sehr geringem Umfang, enthaltend die erst während der Arbeit aufgefundenen Schriften. In den 432 Titeln folgen die Exzerpte regelmäßig nach den verschiedenen Massen, also unsystematisch, unter Voranstellung derjenigen Masse, welcher die meisten Exzerpte entlehnt sind; die pP. steht fast stets am Schluß.

Jedes der 9123 Exzerpte beginnt mit der inscriptio, d. h. dem Namen des Verfassers und des be-

nutzten Werkes. Größere Fragmente werden seit dem Mittelalter in §§ geteilt unter Voranstellung eines Prooemium oder Principium (Pr.); § 1 ist daher der zweite Teil der lex. Die Exzerpte sind zwecks Beseitigung veralteter Rechtseinrichtungen und Bezeichnungen (zB. mancipatio, in iure cessio, fiducia, cognitor, formula) auf Grund ausdrücklicher Ermächtigung zuweilen verändert worden, sog. Interpolationes oder Emblemata Triboniani. Aber auch diese Veränderungen haben Gesetzeskraft (während dies bei den ähnliche Zwecke verfolgenden Dicta Gratiani im Decretum Gratiani, dem ersten Teile des Corp. iur. canon., nicht der Fall ist. Sämtliche benutzten Schriften wurden in einem Index zusammengestellt, von welchem in der Florentina (S. 138) eine griechische Abschrift erhalten ist (Index Florentinus). In neuerer Zeit hat man die in den Digesten zerstreuten Fragmente nach den Verfassern zusammengestellt (sog. Palingenesia, zB. von Lenel).

### b. Veröffentlichung.

Die Pandekten wurden am 16. Dezember 533 mit Gesetzeskraft vom 30. Dezember 533 veröffentlicht mittels einer lat. Constitutio (gerichtet ad senatum et omnes populos): „Tanta (circa nos divinae humanitatis est providentia" usw., C. 1, 17, 2) und einer griechischen, inhaltlich völlig gleichen Konstitution „*Δέδωκεν (ἡμῖν ὁ θεὸς*" usw.). Ihr vollständiger Titel ist: „Domini nostri sacratissimi principis Iustiniani iuris enucleati (gesichtet), ex omni vetere iure collecti Digestorum seu Pandectarum libri." In den Publikationspatenten wurde (wie schon in der Const. „Deo auctore", S. 126, vorgesehen war) das Zurückgehen auf die Quellen, der Gebrauch von sigla, Abkürzungen, und die Abfassung von Kommentaren verboten[2]). Erlaubt sollten nur sein: wörtliche Übersetzungen (*Κατὰ Πόδα*) und Zusammenstellungen von Parallelstellen

[2]) Die Einleitung zum Projekte des preußischen Corpus iuris Fridericianum von 1749 verbot in ähnlich kurzsichtiger Weise die Abfassung von Kommentaren.

(*Παράτιτλα*). Justinian versichert, daß Irrtümer und Widersprüche in den Digesten sich überhaupt nicht fänden; träten solche scheinbar hervor, so würden sie verschwinden, „si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet" (Const. Tanta, C. 1, 17, 2, 15). Sollten sich Lücken finden, so sollte der Richter — wie dies auch Hadrian gelegentlich der Julianischen Ediktsredaktion bestimmt habe — die kaiserliche Entscheidung einholen. Trotz Justinians Versicherung sind mannigfache Irrtümer und Widersprüche untergelaufen:

1. Leges geminatae nennt man doppelt aufgenommene Fragmente (zB. l. 129 § 1 und l. 178 D. 50, 17).

2. Leges fugitivae s. erraticae sind Fragmente, welche irrtümlich unter einen falschen Titel geraten sind.

3. Antinomiae nennt man die mehrfach vorhandenen sachlichen Widersprüche (zB. betreffs der causa traditionis: Ulpianus D. 12, 1, 18 und Iulianus D. 41, 1, 36); vgl. unten § 121[2].

4. Cruces Iurisconsultorum s. Leges damnatae nennt man 7 früher für unerklärbar gehaltene Stellen, zB. die lex „Frater a fratre . . ." (D. 12, 6, 38, pr., unten § 70 b 2), lex „Lecta . . ." (D. 12, 1, 40, pr., unten § 71[8]), lex „Gallus . . ." (D. 28, 2, 29, pr.).

### c. Einteilung und Inhalt.

Die 50 libri zerfallen in zusammen 432 tituli. Nur die Bücher 30, 31, 32 (De legatis et fideicommissis I, II, III) sind nicht in Titel, sondern sogleich in leges geteilt, weil man das Recht der Legate ursprünglich in einem einzigen Titel erledigen wollte und erst später des Umfangs wegen zu einer Teilung schritt. Zitiert wird gewöhnlich zB. l. 61 § 1 D.[3]) de obligationibus et actionibus 44, 7, oder

---

[3]) Statt D. = Digesta findet sich zuweilen ff. (daher „etwas aus dem ff. wissen"), entstanden aus einem geschlungenen D mit einem Querstriche zum Zeichen der Abkürzung. Die oben angeführte Stelle enthält den berühmten „Liebesbrief" der Seja: „Lucio Titio salutem. Si in eodem animo et eadem affectione circa me es, quo semper fuisti, ex continenti acceptis litteris meis veni" usw.

(einfacher und logischer) D. 44, 7, 61, 1, d. h. der zweite Absatz (S. 128) des 61. Fragments des 7. Titels des 44. Buchs; l. un. (unica) bedeutet: einzige, l. ult.: letzte, l. penult.: vorletzte lex des Titels. Die Bücher 30—32 werden besonders zitiert als de legatis I., II., III., zB. l. 34 pr. D. de leg. II (d. h. Buch 31). Die Glossatoren zitieren mit der Titelrubrik und den Anfangsworten der lex.

Manche libri führen besondere Namen:

1. Antipapinianus (*τὰ ἀντὶ Παπινιανοῦ βιβλία*) heißen die Bücher 20—22, welche beim Rechtsunterricht an die Stelle der Responsa Papinians treten sollten (S. 135).

2. Libri singulares (S. 109) sind die Bücher 23, 26, 28, 30, d. h. die ersten Bücher aus den vier Civilrechtsgebieten Dos, Tutela, Testamentum, Legatum (Buch 23—36).

3. Libri terribiles nennt Justinian in der Const. Tanta § 8 die Bücher 47 und 48 wegen des darin enthaltenen Strafrechts.

Über der Einteilung in libri steht die von Justinian in der Const. Tanta zu Zwecken des gleichzeitig geordneten Rechtsunterrichts (S. 135) vorgenommene Einteilung der Digesten in 7 Partes s. Tractatus: *Πρῶτα* (Buch 1—4), De iudiciis (5—11), De rebus creditis (12—19), Umbilīcus (20—27), De testamentis (28—36), und 2 Teile ohne Namen: 37—44 und 45—50.

Die Anordnung des Stoffs folgt dem Ulpianischen Ediktskommentare, womit die Einteilung des Gajus in ius quod ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones verbunden ist. Die dem ius civile entstammenden Rechtsgebiete sind an passenden Stellen eingefügt. Buch 1, Titel 1—4 enthält eine Einleitung über Recht und Rechtsquellen; Tit. 5—7 ius quod ad personas, Tit. 8 ius quod ad res pertinet; Tit. 9 bis 22 Behörden. Dann folgt das ius quod ad actiones pertinet Buch 2—46. Buch 2: Gerichtsbarkeit, Vergleich, Vertrag; Buch 3: Stellvertretung, Buch 4: Wiedereinsetzung; Buch 5—8: dingliche Klagen (Buch 5 Erbrecht, 6 Eigentum, 7 Personalservituten, 8

Prädialservituten); Buch 9 Beschädigung, 10 Gemeinschaft, 11 Klagen polizeilicher Natur; Buch 12—19: Kontrakts- und ähnliche Klagen (Buch 14, 15: actiones adiecticiae qualitatis, römisches Handelsrecht); Buch 20: Pfandrecht; Buch 21, 22: Obligationenrecht, ausgehend vom Kaufe; Buch 23—36: Civilrechtsgebiete (Buch 23—25: Eherecht, 26—27: Vormundschaft, 28—36: Testamente und Legate); Buch 37, 38: bonorum possessio, patronatus, missiones; Buch 39: Schenkungen; Buch 40: Freilassung; Buch 41: Eigentum, Besitz, Ersitzung; Buch 42: Urteil und Zwangsvollstreckung; Buch 43: Interdikte; Buch 44: Exzeptionen, Allgemeiner Teil des Obligationenrechts; Buch 45, 46: Stipulationen. Buch 47, 48: Strafrecht. Buch 49, Tit. 1 bis 13: Appellation; 49, 14: Fiskalrecht; 49, 15—18: Militärrecht. Buch 50: Munizipal- und Steuerrecht. Die wichtigsten Titel sind im Anhang zusammengestellt.

## § 25. III. Institutiones.

Während der Abfassung der Pandekten erhielten drei Mitglieder der Kommission: Tribonian, Theophilus und Dorotheus den Auftrag zur Abfassung eines — zugleich als Gesetzbuch gedachten — Lehrbuchs für den ersten Rechtsunterricht, welches an die Stelle der den Zeitverhältnissen vielfach nicht mehr entsprechenden Institutionen des Gajus treten sollte. Die neuen „Institutiones“ wurden am 21. November 533 mittels der Const. „Imperatoriam maiestatem (non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam“ usw.) verkündet und erhielten gleichzeitig mit den Pandekten, also am 30. Dezember 533, Gesetzeskraft. Sie zerfallen, wie die Institutionen des Gajus, denen sie sich eng anschließen, in 4 Bücher, nach der Einteilung in ius, quod ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones. Nur wurden der gleichmäßigen Verteilung halber, da im Aktionenrechte vieles als veraltet fortblieb, die bei Gajus im dritten Buche stehenden obligationes ex delicto hier in das vierte Buch gestellt. Die Bücher sind in — insgesamt 98 — Titel geteilt, diese so-

gleich in Paragraphen; eine Einteilung in leges besteht nicht. Am Schlusse des Werkes stehen 2 dem Gajus fremde Titel: De officio iudicis und De publicis iudiciis. Wahrscheinlich ist Buch 1 und 2 (sowie der letzte Titel des 4. Buchs) von Dorotheus, Buch 3 und 4 (außer dem letzten Titel) von Theophilus verfaßt, während Tribonian die obere Leitung hatte. Zitiert wird zB. pr. I. de actionibus 4, 6 oder einfacher I. 4, 6, pr., d. h. die Eingangsstelle des sechsten Titels des vierten Buchs. Außer den Institutionen des Gajus sind dessen Aurea (S. 117), daneben auch Werke von Ulpian, Florentinus und Marcian und Kaisergesetze benutzt. Die Inskriptionen fehlen, im Gegensatze zu den anderen Teilen der Kodifikation. Zuweilen wird auf die Pandekten verwiesen, einmal allerdings, ohne daß eine entsprechende Stelle der Digesten sich auffinden ließe[1]).

## § 26. IV. Codex repetitae praelectionis.

Um den (vetus) Codex mit den Decisiones und den Digesta in Einklang zu setzen, befahl Justinian eine Durchsicht des Codex durch eine aus Tribonian, Dorotheus und 3 Advokaten bestehende Kommission. Ihre Arbeit wurde als Codex repetitae praelectionis durch eine an den Senat von Konstantinopel gerichtete Const. „Cordi (nobis est" usw.) vom 16. November 534 mit Gesetzeskraft vom 29. Dezember 534 veröffentlicht. Während der Vetus codex vermutlich der Ordnung des Cod. Theod. folgte, wurde der neue Codex in ungefähre Übereinstimmung mit den Digesten gebracht, folgt also wie diese dem Edictum perpetuum. Er zerfällt in 12 Bücher mit 765 Titeln. Buch 1 beginnt mit dem Kirchenrechte (während dieses im Cod. Theodos. am Schlusse steht, S. 106: ein Beweis der größeren Bedeutung, welche die Kirche inzwischen erlangt hatte); Buch 2—8 enthält Privatrecht, Buch 9 Strafrecht, Buch 10—12 Verwaltungsrecht. Innerhalb der Titel stehen die Konsti-

[1]) Dies ist der berühmte Unus casus (I. de act. 4, 6, 2); vgl. unten § 127[3].

tutionen (wie in den 3 früheren codices) nach der Zeitfolge, welche bei den meisten aus den mitaufgenommenen inscriptiones (Name des Regenten und des Adressaten) und subscriptiones (Ort und Datum) sich ergibt; die „sine die et consule" aufgenommenen sind beliebig eingereiht. Im ganzen sind 4652 Konstitutionen, meist Reskripte, aufgenommen, davon über 1200 von Diokletian, 402 von Justinian; die älteste ist von Hadrian, die jüngste von Justinian vom 4. November 534. Die etwa 150 griechischen Konstitutionen fehlen in den in Italien entstandenen Handschriften und sind erst aus den Basiliken (S. 141) ergänzt (leges restitutae). Hinzugekommen sind durch die Glossatoren Novellenauszüge, sog. Authenticae, vgl. S. 139[1]. Zitiert wird c. (constitutio) oder l. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 53 (oder einfach C. 8, 53, 2).

## § 27. V. Novellae. VI. Rechtsstudium.

### a. Novellae.

In der Const. Cordi (für den neuen Codex) hatte Justinian die Weiterbildung des Rechts durch neue Gesetze, novellae leges, *νεαραὶ διατάξεις*, vorgesehen, welche in einer neuen amtlichen Sammlung zusammengestellt werden sollten. Der letztere Plan ist nicht zur Ausführung gelangt, vielmehr sind uns die meist griechisch geschriebenen Novellen nur durch die drei S. 139 aufgeführten Privatsammlungen überliefert. Die meisten Novellen sind bis zu Tribonians Tode (545) ergangen. Die erste datiert vom 1. Januar 535 und bestimmt die Zulässigkeit der Ausschließung der (dem Erben von Legaten freizulassenden) Quarta Falcidia durch Testament. Von den Novellen sind für das Privatrecht besonders wichtig: Novelle 4, welche dem beklagten Bürgen das beneficium excussionis personalis s. ordinis, d. h. das Recht gewährt, die vorherige Inanspruchnahme des Hauptschuldners zu fordern, Novelle 18, welche die legitima (den Pflichtteil) von $\frac{1}{4}$ auf $\frac{1}{3}$ und bei mehr als vier Erben auf $\frac{1}{2}$ erhöht; Nov. 99, welche Korrealschuldnern das

beneficium divisionis gibt; Nov. 115, welche das formelle Noterbrecht neu ordnet, und Nov. 118 und 127, welche das Intestaterbrecht regeln. — Jede Novelle zerfällt in eine — die gesetzgeberischen Erwägungen wiedergebende — praefatio, den in capita und Paragraphen geteilten Gesetzestext und einen die Veröffentlichung bestimmenden epilogus. Zitiert wird zB. Nov. 115 cap. IV § 1 (Nov. 115, 4, 1) wie bei modernen Büchern.

b. Rechtsstudium.

Bis auf Justinian dauerte das Rechtsstudium vier Jahre. Die Studenten des ersten Jahrs (spottweise Dupondii[1]) genannt) hörten die Institutionen des Gajus, wahrscheinlich in einer Bearbeitung in 2 Büchern, und Vorträge über die vier libri singulares (Civilrechtsgebiete S. 109). Die Studenten des zweiten Jahrs (Edictales) hörten einzelne Teile des Edikts, die des dritten (Papinianistae) besonders die Responsa Papinians. Im vierten Jahre lasen die Studenten (Lytae, vom Hören Befreite) die Responsa des Paulus für sich.

Durch die gleichzeitig mit den Digesten am 16. Dezember 533 veröffentlichte Const. „Omnem reipublicae (nostrae sanctionem iam esse purgatam“ usw., heute abgedruckt vor den Digesten), gerichtet an 8 antecessores, ordnet Justinian den Rechtsunterricht neu. Die vorhandenen kaiserlichen Rechtsschulen in Konstantinopel, Rom und Berytus in Syrien bleiben bestehen; dagegen wird der private Rechtsunterricht (doctrina adulterina), welcher früher besonders in Athen, Caesarea und Alexandrien erteilt worden war, bei Strafe verboten. Ebenso werden die Ausschreitungen der Studenten, insbesondere gegen die rudes (Füchse), untersagt.

[1]) Die Bedeutung dieses Spottnamens ist unbekannt. Dupondius (= dua asses pondo, Zweiaßstück) bedeutet sonst ein verdoppeltes Ganzes, wie in der Regel Ex asse fit dupondium, d. h. wenn die Summe der im Testamente festgesetzten Erbteile das Ganze erschöpft oder übersteigt, und es ist noch jemand ohne bestimmten Erbteil eingesetzt, so werden die festgesetzten Erbteile auf $^1/_2$ reduziert, den Rest erhält der schlechthin Eingesetzte.

Das Rechtsstudium soll fünf Jahre dauern. Die Studierenden:

1. des ersten Jahrs (jetzt Iustiniani novi genannt, unter Verbot des Spottnamens Dupondii) hören die Institutionen Justinians und die *Πρῶτα* der Digesten;

2. des zweiten Jahrs (Edictales) hören die Partes De iudiciis oder De rebus creditis, sowie die vier Libri singulares;

3. des dritten Jahrs (Papinianistae) hören die dritte oder zweite Pars der Pandekten und die Bücher 20 bis 22, an Stelle der bisher im dritten Jahre gehörten Responsen Papinians (daher Antipapinianus = Buch 20 bis 22);

4. des vierten Jahrs (Lytae) lesen für sich die zur Ergänzung der Libri singulares gehörenden Bücher 23 bis 36;

5. des fünften Jahrs (Prolytae) lesen für sich den Codex. Die restlichen Materien bleiben dem späteren Studium überlassen.

## § 28. Das Corpus iuris civilis.

### a. Verhältnis der Teile zueinander.

Wie aus den vorhergehenden Paragraphen erhellt, setzt sich die justinianische Kodifikation aus vier selbständigen, zu verschiedenen Zeiten veröffentlichten Teilen zusammen, welche erst seit der Gesamtausgabe des Dionysius Gothofredus von 1583 als Teile eines einheitlichen Werks, des „Corpus iuris civilis", erscheinen. Was das Verhältnis dieser vier Teile zueinander angeht, so sind zunächst die nicht ein geschlossenes Gesetzbuch darstellenden, nicht einmal in einer amtlichen Sammlung vorhandenen Novellen von den drei übrigen geschlossenen Teilen zu unterscheiden. Widersprüche zwischen Novellen untereinander oder zwischen einer Novelle einerseits und einer Stelle der Institutionen, der Digesten oder des Codex anderseits sind nach dem Grundsatze: Lex posterior derogat priori (S. 32) dahin zu entscheiden, daß stets das jüngere Gesetz vorgeht.

Dagegen ist dieser Grundsatz für die Lösung von „Antinomien" zwischen Stellen der drei geschlossenen Werke nicht zu verwenden. Zwar ist der Codex später veröffentlicht als die Institutionen und die Pandekten. Anderseits aber ist der Codex rep. praelect. nur eine neue Ausgabe des Vetus Codex. Aus der ersten Tatsache würde bei Anwendung des erwähnten Grundsatzes folgen, daß bei Antinomien die Codexstelle vorgehe, aus der letzteren, daß die Institutionen- oder Digestenstelle maßgebend sei: der hieraus sich ergebende Zweifel ist dahin zu lösen, daß die drei geschlossenen Teile des Corpus i. c. als Teile *eines* Gesetzbuchs anzusehen sind, denn dies war die in § 23 der Const. Tanta ausgedrückte Absicht Justinians. Widersprüche zwischen diesen drei Teilen (zB. die berühmte Antinomie über die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts, D. 1, 3, 32, 1 und C. 8, 53, 2, S. 18[21]) sind daher ebenso zu behandeln, als befänden sie sich in dem gleichen Teile. Es ist also durch Vergleichung der widersprechenden Gesetze festzustellen, welchem derselben — etwa weil es die sedes materiae bildet, d. h. die zu entscheidende Frage absichtlich, nicht nur zufällig und nebensächlich behandelt, oder weil es dem fortgeschrittenen Rechtsbewußtsein mehr entspricht — der Vorzug zu geben ist. Gelingt hierdurch eine Lösung nicht, so sind beide Stellen als nicht vorhanden anzusehen und die betreffende Frage zu entscheiden: entweder im Wege der *Gesetzesanalogie*, d. h. durch Anwendung eines bestimmten, für einen dem Grunde nach ähnlichen Fall gegebenen Gesetzes, oder im Wege der *Rechtsanalogie*, d. h. unter Berücksichtigung der allgemeinen Rechtsgedanken, welche das betreffende Rechtsinstitut, und — wenn auch dies nicht hilft — das Rechtssystem beherrschen (S. 30).

Bei der Auslegung einer nach Sinn oder Tragweite zweifelhaften Digestenstelle ist eine doppelte Anschauungsweise, sog. *duplex interpretatio*, möglich.

Diese Stellen sind nämlich zu erklären unter Berücksichtigung einerseits der Absicht und Auffassung des Autors, dessen Werk sie entnommen sind, anderseits der Umstände, welche zu ihrer Aufnahme durch die Kompilatoren geführt

haben, und ihrer Stellung im Zusammenhange der Kompilation. So hatte zB. in der S. 80[3] wiedergegebenen Stelle Ulpian nur die lex Iulia et Papia Poppaea im Auge, während die Kompilatoren diese Stelle als Bekräftigung der inzwischen durchgedrungenen Anschauung aufnahmen, daß der Kaiser über den Gesetzen stehe.

### b. Handschriftliche Überlieferung.

Die meisten Handschriften stammen aus der Glossatorenzeit (Vulgathandschriften), nur wenige sind vorglossatorisch.

1. Von den Institutionen gibt es vier vorglossatorische Handschriften, darunter eine vollständige in Bamberg und eine unvollständige in Turin mit einem Scholien-Apparat (fortlaufenden Randglossen) aus dem 9.—10. Jahrhundert.

2. Die berühmteste Digestenhandschrift ist die vorglossatorische Florentina oder Pisana (sc. littera). Nach der Stadtgeschichte von Pisa soll sie das Handexemplar von Justinian gewesen und später nach Amalfi in Unteritalien gekommen sein. Kaiser Lothar soll die Handschrift dort 1135 erbeutet und den verbündeten Pisanern geschenkt haben, von wo sie 1406 bei der Eroberung von Pisa durch die Florentiner nach Florenz kam. Hier befindet sie sich noch. Die Florentina ist bis auf 14 Stellen (l. 7 § 5 bis l. 11 D. de bonis damnatorum 48, 20, l. 10 bis l. 19 D. de interdictis et relegatis 48, 22) vollständig. Die fehlenden Stellen sind aus den Basiliken (S. 141) ergänzt (leges restitutae).

Der Florentina gegenüber heißen die aus der Glossatorenschule hervorgegangenen Handschriften Vulgatae (von vulgare, bekannt machen), ihre Lesart lectio vulgata im Gegensatz zur lectio Florentina (S. 140). Ihr Verhältnis zur Florentina ist unsicher. Zweifellos beruhen die Vulgathandschriften auf der Florentina. Dies ergibt sich aus der Übernahme der durch Verheftung der beiden letzten Blätter der Fl. entstandenen Verwirrung in die Vulgathandschriften und aus dem Fehlen der erwähnten 14 Stellen

auch in diesen. Anderseits können die Vulgathandschriften nicht auf der Fl. allein beruhen, denn einzelne Lücken und Lesarten dieser sind — wenigstens bis Buch 34 — in jenen verbessert. Mommsen hat nachgewiesen, daß die Vulgathandschriften nicht unmittelbar auf die Florentina, sondern auf eine etwa im 11. Jahrhundert gefertigte Abschrift derselben zurückzuführen sind, welche bis Buch 34 mit einer ganz selbständigen Handschrift verglichen wurde.

Alle Vulgathandschriften haben eine eigentümliche Dreiteilung in

α. Digestum vetus bis D. 24, 2;

β. Infortiatum von D. 24, 3 bis D. 38, 17, dessen letzter Teil (von den Worten „tres partes ferant legatarii" in l. 82 D. ad leg. Falcid. 35, 2 an) bei den Glossatoren „Tres partes" heißt;

γ. Digestum novum von D. 39, 1 bis zum Schlusse.

Streitig ist, ob diese Einteilung mit Justinians Studienordnung zusammenhängt, welche sich nur auf Buch 1—36 bezog (S. 135) und ein gesondertes Abschreiben dieser Bücher veranlaßt haben mochte (Scheurl); oder ob sie darauf beruht, daß Irnerius (S. 143) anfänglich nur das „Dig. vetus" besessen, dann erst das „novum", noch später den mittleren Teil, und zwar nur bis zu den Worten „tres partes", erhalten habe, welch letzterer dann nach Auffindung der „Tres partes" als durch diesen Schlußteil „verstärkt", als „Infortiatum cum tribus partibus", bezeichnet wurde (Darstellung des Odofredus von Bologna, um 1250).

3. Vom Codex ist aus byzantinischer Zeit eine lückenhafte, 1817 in Verona aufgefundene Handschrift (sog. Veroneser Fragmente) vorhanden. Die späteren Handschriften enthalten meist nur die ersten neun Bücher, welche nunmehr allein als „Codex" bezeichnet werden, während man die Bücher 10 bis 12 „Tres libri" nannte und gesondert abschrieb. Dies erklärt sich daraus, daß im Mittelalter an Stelle des Codex ein Auszug daraus in Gebrauch war, welcher nur die ersten neun Bücher umfaßte, aber auch diese vielfach verkürzte. Erst später wurden auch die letzten drei

Bücher wieder aufgefunden, aber mit den ersten neun nicht wieder vereinigt.

4. Die Novellen sind, wie S. 133 erwähnt, nicht amtlich zusammengestellt, sondern nur durch drei handschriftlich überlieferte Privatsammlungen bekannt:

α. Epitŏme Iuliani ist ein, auf einen antecessor Iulianus in Konstantinopel, 535—555, zurückgeführter Auszug aus 125 Novellen (darunter 1 Duplikat). Sie enthält die griechischen in einer verkürzten lateinischen Übersetzung.

β. Authenticum (liber Authenticorum)[1] ist eine Sammlung von 134 Novellen, in einer Wiener Handschrift fast vollständig erhalten. Sie stammt aus den Jahren 554—556 und beruht vermutlich auf einer bei Einführung der Kodifikation in Italien (S. 142) entstandenen amtlichen Zusammenstellung. Die griechischen Novellen sind in einer lateinischen Übersetzung (versio vulgata) aufgenommen. Den Namen Authenticum erhielt diese Sammlung, weil sie von Irnerius an Stelle der bisher gebrauchten Epitome Iuliani als maßgebend anerkannt wurde. Von den Glossatoren wurden jedoch nur 97 (96) Novellen als praktisch (ordinariae, utiles) glossiert und (unter Teilung der Novelle 8 in zwei Titel) in 9 Collationes mit 98 Titeln eingeteilt. Die übrigen 37 (inutiles, extravagantes) wurden in 3 be-

[1] Authenticum, αὐθεντικός, selbstschriftlich, original, maßgebend) oder Authentica (sc. constitutio) bedeutet dreierlei: a. die einzelne Novelle der oben bezeichneten Sammlung; b. einen von den Glossatoren aus einer Novelle gemachten Auszug, welcher neben die — das gleiche Rechtsgebiet behandelnde — Codexstelle ursprünglich zur Vergleichung an den Rand geschrieben wurde, allmählich aber gesetzesähnliche Kraft erlangte; so war zB. die Authentica Si qua mulier über die Nichtigkeit der Verbürgung einer Ehefrau für ihren Ehemann ein Auszug aus Nov. 134, welcher zu l. 22 C. ad SC. Velleianum 4, 29 herangeschrieben wurde (unten § 42 b 3 β); c. Authenticae Fridericianae sind 2 Gesetze von Friedrich I. und 11 Gesetze von Friedrich II., welche ebenfalls in den Codextext eingeschrieben wurden, so zB. die Auth. Sacramenta puberum (Unanfechtbarkeit eidlich bestärkter Veräußerungsgeschäfte der puberes, s. unten) bei l. 1 C. 2. 26; (Navigia), 51 a 2 (Habita), 64 a 3 (Omnes peregrini). Über authentische Interpretation vgl. S. 29.

sondere Collationes gebracht. Über die Libri Feudorum als „Decima collatio novellarum" vgl. unten.

γ. Am vollständigsten ist eine (um 580 n. Chr.) entstandene) Sammlung von 168 Novellen größtenteils in griechischer Sprache. Dieselbe enthält jedoch „Dubletten", nachjustinianische Novellen und einige formae von praefecti praetorio. Ein Verzeichnis zu dieser Sammlung ist der in Paris befindliche, aus der Bibliothek der Königin Christine von Schweden stammende, sogenannte Index Reginae. Diese Novellensammlung ist in einer Florentiner und einer Venetianer Handschrift erhalten.

c. Ausgaben.

Die Glossatorenhandschriften und die ersten Drucke gaben die justinianischen Rechtsbücher in fünf Teilen: 1. Digestum vetus, 2. Infortiatum, 3. Digestum novum, 4. Codex (d. h. die ersten 9 Bücher), 5. Volumen parvum (wegen des geringeren Umfangs) oder Volumen, d. h. die Institutionen, die Tres libri (S. 138) und das Authenticum, denen zuweilen noch angehängt sind: als Decima collatio novellarum die Libri Feudorum und die Leges Fridericianae; ferner (ursprünglich der Venetianer Handschrift, oben b 4 γ. angehängt) 13 Edikte Justinians, die Sanctio pragmatica, pro petitione Vigilii (S. 142), 113 Novellen Leos, die Canones apostolorum (eine kirchenrechtliche Sammlung der griechischen Kirche), der Friede zu Konstanz zwischen Friedrich I. und den lombardischen Städten, endlich die von Bartolus als Collatio undecima bezeichneten Konstitutionen Kaiser Heinrichs VII. und Friedrichs I.

Die erste unglossierte kritische Ausgabe ist von Haloander (= Melzer, von ἀλωή, die Tenne, nicht = Hofmann, wie man früher meinte) aus Zwickau besorgt worden (Nürnberg 1529). Seinen auf den Vulgathandschriften unter Vergleichung der Florentina beruhenden, vielfach willkürlichen und daher nicht maßgebenden Text nennt man lectio Haloandrina s. Norica. Den reinen Text der Florentina gab zuerst die Ausgabe von Torelli 1553, lectio Taurelliana s. Florentina. Beide stehen der lectio vulgata (S. 137) gegenüber. Die erste Gesamtausgabe

des Corpus iuris civilis unter diesem Titel, ohne Glosse und ohne die Einteilung in die 5 partes, stammt, wie erwähnt, von Dionysius (dem Vater von Jakobus) Gothofredus. Neuere Ausgaben sind von Kriegel 1833, und von Mommsen (Digesten unter Zugrundelegung der lectio Florentina), Krüger (Codex und Institutionen), Schöll und Kroll (Novellen) 1872—1895.

## III. Fortbildung des Justinianischen Rechts.

### § 29. Fortbildung im Orient.

a. Wissenschaftliche Bearbeitungen der Kodifikation wagten sich mit Rücksicht auf Justinians Verbot (S. 128) anfänglich nur spärlich heraus. Erwähnenswert sind: eine griechische Institutionenparaphrase, angeblich von Theophilus, welche handschriftlich, vermutlich in einem nachgeschriebenen Kollegienheft, erhalten ist, ein Digestenkommentar des Stephanus und eine Codexparaphrase des Thaleläus.

b. Offizielle Rechtsbücher sind:

1. Ἐκλογὴ τῶν νόμων (Ecloga Leonis), ein von Leo dem Isaurier 740 veröffentlichtes Handbuch mit Gesetzeskraft.

2. Ὁ πρόχειρος νόμος (Manuale), ein unter Basilius Mazĕdo 878 verfaßtes, als Ersatz für die Institutionen bestimmtes Lehrbuch.

3. Τὰ Βασιλικὰ (sc. νόμιμα, Basilica Leonis, Kaiserrecht) oder τὸ Ἑξακοντάβιβλον, ein unter Basilius Mazĕdo (867—886) begonnenes, unter Leo Philosophus (886—912) veröffentlichtes Gesetzbuch in 60 Büchern, welches nach dem Systeme des Codex eine Verarbeitung der gesamten Kodifikation enthält. Dem Texte wurden später Erläuterungen (σχόλια) beigefügt: Παραγραφαὶ τῶν παλαιῶν, amtliche Glossen aus den zu a erwähnten Kommentaren, und Νέαι παραγραφαί, private Erläuterungen, welche im zwölften Jahrhundert zu einer glossa ordinaria der Basiliken anwuchsen. Die Basiliken, von welchen etwa $^2/_3$ mit den Scholien handschriftlich überliefert sind, bilden von nun an die Grundlage der wissenschaftlichen Bearbeitungen und haben im byzantinischen Reiche bis zu dessen Zerstörung durch die

Türken 1453 Geltung behalten. Von den Basiliken ist ein Auszug in 6 Büchern (ἡ Ἑξάβιβλος) des Harmenopulos, Richters in Thessalonich 1345, deswegen erwähnenswert, weil er im Königreiche Griechenland 1835 an Stelle der von 1822—1835 maßgebend gewesenen Basiliken Gesetzeskraft erhalten hat.

## § 30. Fortbildung in Italien.

a. Nach Besiegung der Ostgoten 554 wurde die Kodifikation Justinians in Italien mittels einer Sanctio pragmatica: „Pro petitione Vigilii (venerabilis antiquioris Romae episcopi, quaedam disponenda esse censuimus" usw.) verkündet. Bei der Eroberung Italiens durch die Langobarden (568) wurden zwar anfänglich die zu Unfreien gemachten Römer dem langobardischen Recht unterworfen; später aber siegte der deutsche Grundsatz der Personalität des Rechts, und das römische Recht wurde als Stammesrecht der Römer anerkannt. Für seine Erhaltung wirkte auch die größere Macht mit, welche die römische Kirche nach Besiegung des Arianismus (S. 85) inzwischen erlangt hatte: denn diese stellte schon frühzeitig den Grundsatz auf: Ecclesia vivit lege Romana. Die Kenntnis des römischen Rechts wurde durch die Rechtsschulen in Ravenna, Rom und Pavia vermittelt. Von wissenschaftlichen Arbeiten dieser Zeit sind zu nennen:

1. Die Turiner Institutionenglosse (S. 137).

2. Der Brachylŏgus iuris civilis, ein Lehrbuch in 4 Büchern, entstanden um 1100.

3. Die Summa Perusina, ein nach einer in Perugia befindlichen Handschrift benannter Codexauszug aus dem 8. Jahrhundert.

4. Petri Exceptionis legum Romanorum, entstanden um 1100 in Südfrankreich.

b. Einen neuen Aufschwung nahm die Wissenschaft des römischen Rechts nach Gründung der Rechtsschule in Bologna. Schon kurz nach 1000 soll der Gerichtsschöppe Pepo in Bologna das justinianische Recht erklärt haben.

Als Begründer der Schule wird jedoch Irnerius (gest. 1140) angesehen. Dieser, ursprünglich Grammatiker, soll von einem Theologen um Erklärung des Wortes as, in dem Bibelspruche (Matthäus 10, 29): Nonne duo passeres asse veneunt? (Verkauft man nicht zwei Sperlinge um ein As?), angegangen und dadurch zur Durchsicht der römischen Rechtsbücher, welche er stückweise erhalten habe (S. 138), veranlaßt worden sein. Seine Gönnerin war die Gräfin Mathilde von Canossa. Irnerius und seine Nachfolger lehrten, hierin das Beispiel der im 11. und 12. Jahrhundert blühenden langobardischen Rechtsschule in Pavia (liber Papiensis) nachahmend, das Recht exegetisch, d. h. sie legten die Quellen nach der Legalordnung Wort für Wort aus. Ihre Schüler schrieben diese Erklärungen, glossa (γλῶσσα), in ihre Texte, anfänglich unter die einzelnen Worte, glossa interlinearis, später an den Rand, glossa marginalis. Von dieser Lehrweise erhielten die Lehrer den Namen Glossatoren. Die Gesamtheit der Glossen zu einer Quelle hieß apparatus. Die berühmtesten Schüler des Irnerius waren die (mit den folgenden Beinamen bezeichneten) Quattuor Doctores: Bulgarus (os aureum, † 1166), Martinus (copia legum, † 1157), Iacobus de porta Ravennate (mens legum, † 1178), Hugo de Alberico (idem quod ego, † 1168). Unter den späteren Glossatoren sind die berühmtesten Azo († 1230) und als der letzte Accursius[1]) († 1260). Dieser stellte die Glossen seiner Vorgänger mit seinen eigenen zu einer Sammlung zusammen, welche bald eine maßgebende Bedeutung erhielt und allmählich als die Glosse (glossa ordinaria s. magistralis) angesehen wurde. Die von Accursius nicht glossierten Stellen wurden in den Gerichten nicht als praktisch angesehen und sind daher auch in Deutsch-

[1]) Berühmt ist die Kontroverse zwischen Azo und Accursius darüber, welche Teilung einzutreten habe, wenn ausschließlich Geschwisterkinder als Intestaterben berufen sind. Azo wollte in diesem Fall in capita (jedes Geschwisterkind einen Teil), Accursius in stirpes teilen (alle Kinder eines Geschwisters zusammen einen Teil). Durch den Reichstag zu Speier 1529 wurde für die Teilung in capita (Azo) entschieden.

land nicht rezipiert worden („Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia". Nicht glossiert sind:

1. aus den Digesten die 14 leges restitutae (S. 137), l. 7 § 5 bis l. 11 D. 48, 20, l. 10 bis 19 D. 48, 22;

2. vom Codex die griechischen, von den Abschreibern wegen ihrer vermeintlichen örtlichen Begrenztheit und deshalb scheinbar geringeren Bedeutung (nach dem Satze: „graeca sunt, non leguntur") ausgelassenen Stellen;

3. von den Novellen die 37 inutiles des Authentikum (S. 139).

Bei der Lehrweise der Glossatoren ist von einer Rechtssystematik nicht die Rede, ebensowenig hatten sie die für das Verständnis der Quellen erforderlichen geschichtlichen und sprachlichen Kenntnisse. Aber sie sind unerreicht in der gründlichen Erfassung der Rechtsquellen, in der Zusammentragung der Parallelstellen und der Antinomien, deren Lösung sie in der scharfsinnigsten Weise unternahmen.

c. Die Glossatoren hatten die Quellen selbst ihren Studien zugrunde gelegt. Ihre Nachfolger, die **Postglossatoren** oder **Kommentatoren** (etwa 1250—1500 namentlich in Perugia, Pavia, Padua) gingen von der glossa ordinaria des Accursius aus, wobei sie in Anwendung der aus Frankreich überkommenen scholastischen Methode das Gewicht auf die Entwicklung der abstrakten Rechtsbegriffe (durch „Definitionen" und „Distinktionen") legten. Sie verloren damit den Zusammenhang mit den Rechtsquellen („glossarum glossas scribunt") und verfielen einer unerträglichen Weitschweifigkeit. Anderseits verstanden sie es, das römische Recht den damals vorhandenen Lebensverhältnissen anzupassen, es zu „modernisieren": ihr Verdienst ist die Einführung des römischen und kanonischen Rechts in die Praxis der weltlichen Gerichte.

Die berühmtesten Postglossatoren sind Durantis (Verfasser des Speculum iudiciale, 1272), Bartolus († 1379) und Baldus († 1400). Die beiden letztgenannten sind die Urheber der noch dem heutigen internationalen Privat- und Strafrechte zugrunde liegenden Theorie von der „Statutenkollision" (S. 31[34]).

## III. Buch:

# Übersicht über die Rechtsentwicklung.

### § 31. Das Privatrecht.

Die innere römische Rechtsgeschichte, d. h. die Geschichte der Entwicklung der einzelnen Institute des römischen Privatrechts bis zu ihrer heutigen Gestaltung ist ausführlich unten in den §§ 33 ff. dargestellt. Hier ist nur der allgemeine Gang dieser Entwicklung zu verfolgen.

Wie in der römischen Geschichte überhaupt (S. 140), so lassen sich auch in der römischen Rechtsentwicklung auf dem Gebiete des Privatrechts vier Perioden unterscheiden. Die erste endet mit der Zwölftafelgesetzgebung und wird ausschließlich vom römischen Stadtrechte, dem ius civile (im engeren Sinne, vgl. oben S. 19), beherrscht. In der zweiten, bis zur Kaiserzeit reichenden Periode tritt neben das ius civile und allmählich an dessen Stelle das Reichsrecht, das ius gentium. In der dritten Periode, der ersten Hälfte der Kaiserzeit, entstehen neben den miteinander verschmelzenden ius civile und ius gentium neue, auf der kaiserlichen Gesetzgebung (§ 18) beruhende Rechtsinstitute und Rechtssätze: ius novum s. extraordinarium, während in der vierten Periode ein einheitliches, das ganze Reich beherrschendes ius Romanum zur Durchbildung und schriftlichen Feststellung gelangt, dem gegenüber die früheren Unterscheidungen von ius civile, ius honorarium und ius gentium fast nur noch theoretischen Wert behalten.

a. Erste Periode.

1. Das Recht der ersten Periode ist nur für römische Vollbürger gegeben: nur wer commercium, d. h. Fähigkeit zu den Geschäften des ius civile, und connubium, d. h. Fähigkeit zur Eingehung einer vollgültigen Ehe (iustum matrimonium) und damit zur Begründung einer familia (S. 57[5]) hat, ist des ius civile teilhaftig. Die Rechtsordnung steht mit dem göttlichen Rechte (fas, ius sacrum) noch in engem Zusammenhange. Die Pontifices sind die Hüter der Rechtssätze, die sich durch Überlieferung forterben (S. 149).

2. Romulus soll bei Gründung der Stadt jedem Bürger ein frei veräußerliches Gut (heredium von herus = Herr, davon später heres = Erbe) von 2 iugera zugeteilt haben. Außerdem ist jeder Bürger zur Benutzung des Gemeinlandes (ager publicus) als Weide für sein Vieh befugt. Den wesentlichen Bestandteil des Vermögens bildet das Kleinvieh (pecus), welches in dem den Güterumsatz vermittelnden Tauschverkehr als allgemeiner Wertmesser gilt (daher pecunia = Geld, S. 57[5]).

Das pecus als Wertmesser wird später durch das Kupfer (aes) in Barren (rauduscum) ersetzt, welches zwar schon unter Servius Tullius eine seine Reinheit feststellende Marke erhalten haben soll, aber erst zur Zeit der Dezemvirn mit einer amtlichen Wertstempelung versehen wird. Bis dahin muß es im Geschäftsverkehre zugewogen werden. Aus diesem „Zuwiegen" erklären sich die beiden Rechtsgeschäfte, „negotia per aes et libram", welche den Vermögensverkehr der ältesten Zeit beherrschen: die mancipatio und das nexum.

*α.* Die mancipatio (in der alten Sprache mancipium genannt) ist ein feierlicher Kauf, bei welchem der Käufer vor fünf (vielleicht die fünf Zensusklassen vorstellenden) mündigen römischen Bürgern und einem Wägemeister (libripens)[1]) dem Verkäufer das aes zuwiegt und dann unter

[1]) Erwähnt wird bei (nichtjuristischen) Schriftstellern und in den erhaltenen Manzipationsurkunden (S. 98[6]) noch der antestatus,

Ergreifen (manucaptio, daher der Name) der gekauften Sache (bei Grundstückskäufen also wenigstens anfänglich auf dem Grundstücke selbst, vgl. Gajus Inst. 1, 119 ff.) in feierlichen Worten erklärt, daß das Eigentum derselben auf ihn übergegangen sei: „Hunc ego hominem (Sklave) ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneāque libra" (Gajus Inst. 1, 119). Bis zur Einführung des gemünzten Geldes lag in dem Zuwägen des Erzes die wirkliche Zahlung des Kaufpreises. Später erfolgt diese unabhängig vom Manzipationsakte, dessen Form aber unverändert bleibt. Alle Gegenstände, die das „Bauerneigentum" bilden, werden durch Manzipation übertragen (oben S. 57[5] und unten §§ 38c, 120 a 1).

β. Das nexum (von nectere, fesseln) im weiteren Sinn umfaßt alle per aes et libram geschlossenen Geschäfte (mancipatio, nexum, nexi liberatio); im engeren Sinne bezeichnet es ein unter denselben Formen wie bei der mancipatio gegebenes Darlehen, bei welchem der Darlehnsgeber nach dem Zuwägen des aes feierlich erklärt, daß der Empfänger zur Rückgabe des Darlehns verpflichtet sei: „Dare damnas esto". Erfolgt die Rückgabe (auf dem umgekehrten Wege: nexi liberatio, solutio per aes et libram, unten § 76 a 1 β) nicht zu gehöriger Zeit, so gilt der Schuldner, da er sich für den Fall des Verzugs dem Gläubiger mit seiner Person für verfallen erklärt hat, als iudicatus, sodaß gegen ihn ohne Klage und Urteil sofort die Zwangsvollstreckung (durch manus iniectio, Abführung in die Schuldknechtschaft, s. u.) betrieben werden kann.

3. Das Familien- und Erbrecht beruht allein auf der agnatio (unten § 35 d): sämtliche Familienglieder unterstehen der patria potestas oder manus des pater familias. Patria potestas und manus sind rein einseitige Rechte des Hausvaters, sie begründen keine Pflichten wie die deutschrechtliche Munt; sie geben ihm ein Züchtigungsrecht, ja unter

---

dessen Beteiligung am Manzipationsakte nicht aufgehellt ist (ein hinzugezogener Priester? der Vormann unter den Zeugen? ein neben den vorgeschriebenen 5 Solennitätszeugen als Beweiszeuge Zugezogener?).

Umständen ein Recht der Tötung und des Verkaufs in die Knechtschaft. Die Ehefrau in manu mariti steht rechtlich ihren Kindern in patria potestate vollkommen gleich.

Die Hausuntergebenen haben keine eigene Vermögensfähigkeit; was sie erwerben, erwerben sie notwendig (ipso iure) dem Hausherrn.

Stirbt dieser, so werden seine Gewaltuntergebenen gewaltfrei (sui iuris) und ohne weiteres Eigentümer des Familienvermögens (sui heredes). Sind keine sui heredes vorhanden, so kann der pater familias durch einen vor den Kuriatkomitien vorzunehmenden Rechtsakt (arrogatio) einen anderen römischen gewaltfreien Bürger an Sohnesstatt annehmen. Ist dies nicht geschehen, so ist für diese älteste Zeit zweifelhaft, ob die res familiaris an die gens oder die nächsten Seitenverwandten vom Mannesstamme (agnati) fällt.

Übrigens ist der pater familias durch eine vor den Kuriatkomitien oder dem zum Ausrücken bereiten Kriegsheer abgegebene Erklärung (testamentum calatis comitiis, S. 59, und testamentum in procinctu) auch zu einer anderweiten Zuwendung des Vermögens für den Fall seines Todes befugt.

### b. Zweite Periode.

Das Privatrecht der zweiten Periode beruht, wie eingangs erwähnt, auf zwei Bestandteilen, die erst allmählich miteinander verschmelzen: dem ius civile und dem ius gentium.

#### 1. Ius civile.

*a.* Das ius civile baut sich in der Hauptsache auf den zwölf Tafeln auf (S. 48).

Die Römer hatten bei ihrem starren Festhalten an dem überlieferten Recht im allgemeinen nicht die Neigung, das einmal begründete Privatrecht durch neue Gesetze zu ändern. Nachdem durch die zwölf Tafeln eine feste Grundlage geschaffen war, wurde die weitere Entwicklung des Rechts wesentlich der Gewohnheit und der Übung der zur Rechtsprechung berufenen Magistrate überlassen, die grundsätzlich nichts an dem Zwölftafelrecht ändern durften.

Das Bestreben der prudentes, der Rechtsgelehrten der älteren Zeit, war zunächst auf die Feststellung des Inhalts der zwölf Tafeln und deren Ausbau gerichtet; das Ergebnis dieser Tätigkeit ist die interpretatio. Durch diese haben die prudentes aus den wenigen privatrechtlichen Sätzen der zwölf Tafeln (S. 94) mittels einer die Worte unberührt lassenden, sachlich aber vielfach ganz willkürlichen Auslegung und Ausdehnung ein Rechtssystem geschaffen, welches, als auf rein römischen Anschauungen erwachsen und nur für Römer bestimmt, ius civile genannt wurde. Die Träger der interpretatio waren anfänglich die Pontifices. Nur ihnen war das ius sacrum, mit dem das Privatrecht noch immer eng zusammenhing, bekannt, und nur sie verstanden es, die dies fasti zu berechnen, an welchen allein das lege agere, das Verhandeln vor Gericht, zulässig war. Es wurde deshalb auch jedes Jahr ein Pontifex mit der Raterteilung an Private betraut (D. 1, 2, 2, 6).

Die durch die interpretatio gefundenen Rechtsregeln wurden nicht als abstrakte Grundsätze hingestellt, sondern zwecks sofortiger praktischer Verwendung in Formeln zur Vornahme von Rechtsgeschäften und zur gerichtlichen Geltendmachung (legis actiones) eingekleidet. Dies war um so wichtiger, als bei der Klage der geltend gemachte Anspruch sich auf einen Satz des Gesetzes stützen und dem Wortlaute desselben genau angepaßt sein mußte[2]).

Auch die legis actiones waren ausschließlich den Pontifices bekannt. Die Abhängigkeit des Volks von den Priestern wurde — abgesehen von der nach Zulassung der Plebejer zum Kollegium der Pontifices (lex Ogulnia 300

[2]) Jedes Abweichen von den verba solemnia führte den Verlust des Anspruchs herbei, selbst wenn dem Sinne nach dasselbe ausgedrückt war. Gajus berichtet zB. in seinen Institutionen 4, 11: eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, cum debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.

v. Chr., S. 51) eintretenden Verallgemeinerung der Rechtskenntnis — durch zwei Veröffentlichungen beseitigt:

a. Im Jahre 304 v. Chr. soll Cn. Flavius, Sekretär des Zensors Appius Claudius (S. 58[7]), die von diesem aufgeschriebenen legis actiones entwendet und mit einem Verzeichnisse der Gerichtstage veröffentlicht haben (ius Flavianum).

b. Hundert Jahre später, 204 v. Chr., ergänzte Sextus Aelius Paetus Catus (der „Schlaue") das erstgenannte Werk in einem dreiteiligen, daher Tripertīta genannten Buche, welches die zwölf Tafeln, die interpretatio und die legis actiones enthielt (ius Aelianum).[8])

β. Das ius civile bewegt sich in starren Formen. Das pactum, die formlose Vereinbarung, hat keine verpflichtende Kraft. Bindend ist nur, was in einer anerkannten Rechtsform zum Abschlusse gelangt. Eine solche ist die zunächst nur für den Kauf der res mancipi (S. 57[5]) bestimmte mancipatio (S. 146), welche dem Parteiwillen insofern freien Spielraum läßt, als die dabei getroffenen mündlichen Vereinbarungen (zB. Ausschluß der Eviktionshaftung, unten § 86 a 2 β, Eigentumsübertragung unter Vorbehalt einer Servitut, unten § 135 a) nach den zwölf Tafeln bindend sind („cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto"). Bald erkennt man, daß die mancipatio auch für andere als Kaufgeschäfte zu verwenden ist. Formell läßt man den äußeren Tatbestand des Kaufs bestehen. Indem man aber als Kaufpreis einen Sesterz, also einen Scheinpreis bestimmt (mancipatio nummo uno), wird die mancipatio zu einer reinen Rechtsform (imaginaria venditio), welche dem eigentlichen, daneben mündlich vereinbarten Rechtsgeschäfte (nuncupatio) verpflichtende Kraft verleiht. So wird die Manzipation den verschiedensten Zwecken dienstbar gemacht. Durch sie erfolgt die Begründung der servitutes praediorum rusticorum sowie der manus,

[8]) Pomponius nennt in seiner bereits mehrfach erwähnten Rechtsgeschichte D. de origine iuris 1, 2, 2, 38 die Tripertita: „veluti cunabula iuris", die „Wiege des Rechts".

ferner die Emanzipation (die Entlassung aus der patria potestas), sie ermöglicht eine neue Art der Testamentserrichtung[4]) sowie die fiducia[5]), d. h. eine Manzipation, bei welcher der Scheinkäufer die manzipierte Sache nicht zu dauerndem Eigentum erhält, sondern sich verpflichtet, mit derselben einer gewissen mündlichen Abrede „getreu" zu verfahren. In ähnlicher Weise entwickelt sich die solutio per aes et libram zu einer imaginaria solutio (unten § 76[2]).

Neben der in ihrer Anwendung sonach immer noch beschränkten Manzipation entwickelt sich, vielfach zu denselben Zwecken, eine neue Rechtsform: die in iure cessio, unter Anknüpfung an den Satz der zwölf Tafeln: confessus pro iudicato habetur (s. u.). Diesen prozessualen Grundsatz verwendet man zunächst zur Eigentumsübertragung an res mancipi und an res nec mancipi, indem, wie in einem Eigentumsprozesse (vindicatio, unten § 127f), der Erwerber die Sache vor dem Magistrat als die seine beansprucht, der Veräußerer dies als richtig zugesteht und der Magistrat die addictio an den Erwerber ausspricht[6]). Diese imaginaria

---

[4]) Beim Manzipationstestamente (testamentum per aes et libram) trat ursprünglich der Erbe als Käufer auf (familiae emptor); der Testator verkaufte ihm nummo uno sein Vermögen auf den Todesfall, indem er seine sonstigen letztwilligen Verfügungen mündlich erklärte. Später trat an die Stelle des Erben eine beliebige andere Person.

[5]) In der Form der fiducia erfolgt zB. die älteste Pfandbestellung. Der Gläubiger erhält an der zu seiner Sicherheit ihm übergebenen Sache durch die mancipatio Eigentum, ist aber zur remancipatio nach Tilgung seiner Forderung verpflichtet. Auch zur Aufbewahrung und zum Gebrauche kann die fiducia geschlossen werden. Der Rückerwerb der manzipierten Sache geschieht durch (re)mancipatio, in iure cessio oder durch Rückgabe und darauffolgenden einjährigen Besitz (usureceptio fiduciae). Gibt der Empfänger nicht zurück, so klagt der Geber mit der actio fiduciae. Diese infamiert, wenn der Richter findet, daß der Empfänger sich nicht verhalten habe, „ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione". Die actio fiduciae ist die älteste actio bonae fidei.

[6]) Vgl. G. 2, 24: In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, veluti praetorem, is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit „hunc ego hominem ex

vindicatio dient ferner zur Freilassung vindictā (unten § 35 b), zur Begründung und Aufhebung von familienrechtlichen Gewaltverhältnissen (Emanzipation, Annahme an Kindes statt), zur Begründung von Rechten an fremder Sache (Servituten) und zur Übertragung des Erbrechts (der hereditas legitima).

Streng einseitige Schuldverhältnisse werden begründet in der Form der sponsio. Die sponsio ist ein in mündlicher Frage und wörtlich entsprechender Antwort geschlossener, von einer Weinspende (spondeo) begleiteter sakraler Vertrag (stipulatio, unten § 71 b 1 α). Derjenige, dem etwas versprochen werden soll, fragt: dare spondes? Der Andere erwidert: spondeo. Die Verpflichtungskraft der sponsio liegt in den unter Anrufung der Götter gesprochenen Worten (verborum obligatio). Ein (ebenfalls streng einseitiges) Schuldverhältnis kann auch schriftlich begründet werden, nämlich durch die Eintragung in das von jedem römischen Geschäftsmanne geführte Rechnungsbuch (codex accepti et expensi). Die Verpflichtung des Schuldners entsteht hierbei dadurch, daß der Gläubiger mit Zustimmung des Schuldners in seinem Rechnungsbuche den Vermerk gemacht hat, daß eine bestimmte Summe an den Schuldner gezahlt sei (expensilatio). Hier ist das Verpflichtende die schriftliche Eintragung (litterarum obligatio, unten § 71 b 1 β). Sowohl die sponsio als die Eintragung begründen abstrakte Schuldverbindlichkeiten, d. h. es ist rechtlich gleichgültig und gelangt daher nicht zum Ausdruck, aus welcher Veranlassung (causa debendi) der Schuldner sich verpflichtet hat.

Das Familien- und Erbrecht bleibt von dem Grundsatze der Unterwerfung der Familienglieder unter die ehemännliche und hausherrliche Gewalt des patra familias beherrscht. Nur die auf der Hausgemeinschaft beruhende

---

iure Quiritium meum esse aio"; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur.

agnatio hat auch jetzt noch für das ius civile Bedeutung, nicht die auf der Blutsverwandtschaft beruhende cognatio. Blutsverwandte, welche durch Emanzipation aus ihrer angestammten Familie ausgeschieden sind, gelten im Sinne des römischen Civilrechts nicht mehr als Verwandte, während Fremde, welche durch Arrogation in die patria potestas des Familienhaupts gelangen, in die Stellung von Agnaten treten.

2. Ius gentium.

*α.* Das ius civile fand nur auf die des connubium und commercium teilhaftigen Personen Anwendung, oben S. 146. Stritten Peregrinen desselben Standes untereinander, so kamen bei der Entscheidung gemäß dem Personalitätsprinzip ihre heimischen Rechtsnormen zur Anwendung. Schwierigkeiten entstanden jedoch, wenn Peregrinen verschiedener Staaten oder Peregrinen und Römer in einem Rechtsstreite befangen waren. Für solche Fälle gab es kein positives Recht, und der die Verhandlung leitende Magistrat, der praetor peregrinus (S. 72), war genötigt, die Entscheidung aus der vernünftigen und billigen Beurteilung des einzelnen Falls, ex aequo et bono, zu entnehmen. Ganz willkürlich brauchte der Magistrat nicht zu verfahren. Je mehr der Peregrinenverkehr und damit die Kenntnis fremder Rechte sich hob, desto klarer wurde es, daß der Rechtsverkehr sich in den einzelnen Staaten zwar in verschiedenartigen Formen bewegt, daß aber gewisse leitende Rechtsgedanken wegen ihrer Allgemeingültigkeit bei fast allen Völkern wiederkehren. Diese allgemeingültigen Rechtssätze wurden durch eine langjährige Praxis festgestellt und zu einem Rechtssysteme, ius gentium, ausgebildet, welches neben das ius civile trat.

*β.* Das Eigentümliche des ius gentium ist die Formlosigkeit des Geschäftsverkehrs. Das ergab sich aus der Unmöglichkeit des Gebrauchs der civilrechtlichen Formen, sofern bei einem Geschäft ein Peregrine beteiligt war.

a. Im Gebiete des Schuldrechts ist den Peregrinen die sponsio ihrer sakralen Natur wegen versagt; in jeder anderen Form (zB. promittis? dabis?) wird die in mündlicher Rede und Gegenrede eingegangene einseitige Verpflichtung

(stipulatio) jedoch auch Peregrinen zugänglich gemacht. Bei einzelnen täglich vorkommenden Geschäften wird die einfache Vereinbarung (nudus consensus), bei anderen die auf Grund einer Vereinbarung erfolgte Hingabe einer Sache oder Bewirkung einer Leistung (res) als das Geschäft klagbar machend anerkannt. So entwickeln sich die beiden Vertragsarten der **Konsensualkontrakte** (emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum) und der benannten **Realkontrakte** (mutuum, depositum, commodatum, pignus), zu denen später eine Reihe unbenannter Realkontrakte (**Innominatkontrakte**, zB. contractus aestimationis, permutatio) hinzutritt[7]).

b. Auf dem Gebiete des **Sachenrechts** sind Peregrinen eines dominium ex iure Quiritium unfähig, denn ein solches kann nur durch die ihnen versagte mancipatio oder in iure cessio sowie durch Ersitzung (usucapio) erlangt werden. Aber der Prätor gibt ihnen ein Widerspruchsrecht gegen den fortbestehenden civilrechtlichen Anspruch des bisherigen Eigentümers (exceptio rei venditae et traditae), wenn sie eine Sache gekauft, übergeben erhalten und bezahlt haben, und schützt sie dritten gegenüber gleich Eigentümern (in bonis esse, bonitarisches Eigentum; unten §§ 118 b 1, 120 a 1).

c. Während das civile **Familien-** und **Erbrecht** vom iustum matrimonium (S. 146) ausgeht, erkennt das ius

---

[7]) Die Konsensual- und Realverträge waren contractus, d. h. es entsprang aus ihnen eine durch das Civilrecht anerkannte Klage. Das Civilrecht kannte unter Hinzunahme der Stipulation und des Litteralkontrakts nunmehr 4 Begründungsarten (causae civiles) von Obligationen: verba, litterae, res, consensus; vgl. unten § 71 b.

Aus der Darstellung des Textes geht hervor, daß (wie bereits oben S. 19 angedeutet ist) das ius gentium nicht lediglich auf dem Wege des prätorischen Edikts Geltung erlangt hat, daß mithin ius gentium und ius honorarium (S. 108) auseinander gehalten werden müssen. Die oben bezeichneten Konsensual- und Realkontrakte gehören vielmehr, obwohl dem ius gentium entstammend, dem ius civile (im weiteren Sinne, S. 19) kraft Gewohnheitsrechts an, während zB. das constitutum debiti erst durch den Prätor (pactum praetorium) klagbar wurde (unten § 71 b 2).

gentium auch die natürliche Ehe, d. h. eine formlos, aber in der Absicht dauernder Geschlechtsverbindung eingegangene Lebensgemeinschaft, als rechtsbeständig an. Freilich erhält der Mann in einer solchen Ehe weder manus über die Ehefrau, noch patria potestas über seine Kinder, und eine agnatio zwischen diesen Personen wird nicht begründet. Dafür betont das ius gentium, insbesondere bei der Erbfolgeordnung, die cognatio, die natürliche Blutsverwandtschaft (§ 35 d 2). Sie wurde namentlich berücksichtigt bei der vom Prätor dem Erben erteilten bonorum possessio.

γ. Es konnte nicht ausbleiben, daß die Grundsätze des ius gentium (insbesondere der Schutz des durch bloße traditio erlangten bonitarischen Eigentums an res mancipi) bald auch auf die Rechtsverhältnisse zwischen Römern zur Anwendung gebracht wurden. Umgekehrt wurden, wie bei der stipulatio bereits erwähnt, gewisse bewährte Rechtsformen des ius civile des streng nationalen Gewandes entkleidet und auch den Peregrinen zugänglich gemacht.

Allmählich fand so eine Verschmelzung des ius civile und des ius gentium statt, dergestalt, daß am Ende der zweiten Periode ein einheitliches Rechtssystem (soweit man für diese Zeit überhaupt von einem solchen sprechen kann, unten § 59 a) vorhanden ist, innerhalb dessen die Unterscheidung der Rechtsinstitute und Rechtssätze in solche des ius civile und des ius gentium fast gar keine praktische, sondern wesentlich nur eine rechtsgeschichtliche Bedeutung hat. In der Theorie aber wurde die Scheidung bis auf die justinianische Kodifikation festgehalten. Durchgeführt wird die Vereinheitlichung des Rechts durch die Rechtsprechung des praetor urbanus und des praetor peregrinus, besonders seit der durch die lex Aebutia (S. 159) herbeigeführten teilweisen Ersetzung des Legisaktionenprozesses durch den Formularprozeß. Denn von nun an war der Prätor nicht mehr an bestimmte Formeln gebunden, sondern in der Lage, in der für jeden Prozeß besonders aufzustellenden formula die dem einzelnen Fall eigentümlichen Umstände, das aequum et bonum, zu berücksichtigen.

### c. Dritte Periode.

Wie auf dem Gebiete des Staatsrechts (§ 35 c), so macht sich auch in der Entwicklung des Civilrechts der dritten Periode die ausgleichende Richtung bemerkbar. Diese Ausgleichung erfolgt in noch stärkerem Maße als in der vorigen Periode in der Weise, daß die rein civilrechtlichen, also nur für Römer anwendbaren Institute und Rechtsgrundsätze unpraktisch werden und die dem ius gentium entstammenden, für alle Reichseinwohner maßgebenden Normen zur alleinigen Herrschaft gelangen.

Die natürlichen Rechtsprinzipien: die Formfreiheit, die bona fides und das aequum et bonum finden daher immer mehr Berücksichtigung. Diese Fortentwicklung erfolgt wie bisher wesentlich durch die Rechtswissenschaft (§ 20) und die Übung der rechtsprechenden Magistrate (§ 19). Daneben greifen aber auch bald die Kaiser tätig ein, anfänglich nur mittelbar durch Beantragung von Gesetzen bei den Komitien und beim Senat und durch ihre Rechtsprechung, später ohne diesen Umweg durch selbständige Aufstellung von Rechtsnormen (§ 18).

Das durch die Kaiser geschaffene neue Recht heißt ius novum oder, weil seine Einführung im Prozeß im Wege der extraordinaria cognitio (S. 160) geschah, ius extraordinarium.

Auf dem Gebiete des Vermögensrechts gleicht sich der Unterschied zwischen dem quiritarischen Eigentume, d. h. dem von einem Bürger auf Grund einer civilrechtlichen Eigentumserwerbsart erlangten, und dem bonitarischen Eigentume, d. h. dem von Peregrinen oder durch bloße Tradition einer res mancipi erworbenen, völlig aus. Eine durch das ius extraordinarium geschaffene Erweiterung des Obligationenrechts ist zB. die Zulassung der Klagbarkeit einer Vergütung (honorarium) für Leistungen von Berufsarbeiten (operae liberales), zB. der Ärzte, Advokaten, während sonst der Auftrag (mandatum) von dem Beauftragten unentgeltlich ausgeführt werden muß.

Im Gebiete des Familienrechts erhält das Eherecht (nicht ohne Rücksicht auf fiskalische Gesichtspunkte,

S. 82[1]) eine Neuordnung durch zwei von Augustus durchgebrachte Gesetze, die lex Iulia de adulteriis 18 v. Chr. und die lex Iulia et Papia Poppaea 4/9 n. Chr. Die erstere richtete sich gegen die eingerissene Zügellosigkeit im Geschlechtsverkehre: gegen adulterium, lenocinium, stuprum. Eine lex Iulia de maritandis ordinibus war von Augustus schon 28 v. Chr. beantragt worden, wurde aber erst 4 n. Chr. durchgesetzt und trat 9 n. Chr. mit Abänderungen auf Antrag der Konsuln Papius und Poppaeus als lex Iulia et Papia Poppaea in Kraft (vgl. S. 97[5]).

Die Stellung des Haussohnes wird eine freiere, indem seine Vermögensfähigkeit wenigstens bezüglich des von ihm als Soldat Erworbenen (peculium castrense) anerkannt wird. Im Vormundschaftsrechte wird eine staatliche Beaufsichtigung eingeführt, welche in Rom seit Mark Aurel von einem praetor tutelaris ausgeübt wird. Die Vormundschaft beginnt, ein wahres Amt, nicht bloß ein Recht des Vormunds zu bilden (vgl. oben S. 147 bezüglich der patria potestas).

Das gesetzliche Erbrecht wird in immer steigendem Maß auf die Blutsverwandtschaft, cognatio, gegründet. Neben den dem Civilrecht entstammenden formellen Zuwendungen in einem Testamente (legata) werden auch formlose, in eine Bitte an den Erben gekleidete Verfügungen zugunsten dritter (fideicommissa) als bindend und klagbar anerkannt.

### d. Vierte Periode.

In der vierten Periode sind alle praktisch bedeutsamen Unterscheidungen des Rechts in ius civile und gentium, in ius ordinarium und extraordinarium gefallen, es gibt nur ein einheitliches für den ganzen orbis Romanus geltendes ius Romanum. Auf die Fortentwicklung des Rechts übt das Christentum einen gewissen Einfluß aus, welcher sich zB. in der Bevorzugung der piae causae, der Zuwendungen zu frommen Zwecken, zeigt.

Der Vermögensverkehr ist von den meisten Formschranken befreit, nur Schenkungen über 500 solidi und Vergleiche über hinterlassene Alimente bedürfen gerichtlicher Verlautbarung (unten § 45 a 2). Der Unterschied zwischen

res mancipi und res nec mancipi ist bedeutungslos geworden.

Im Familienrechte werden die meisten Bestimmungen der lex Iulia et Papia Poppaea wieder beseitigt, die Ehescheidung wird erschwert, die Eheverbote werden vermehrt. Die patria potestas erleidet Beschränkungen, indem die Hauskinder nicht nur bezüglich des peculium castrense, sondern auch des durch ein Amt (peculium quasi castrense) oder vom mütterlichen Stamm her Erworbenen (bona adventicia) für selbständig vermögensfähig erklärt werden. Eine neue Begründungsart der väterlichen Gewalt wird in der Ehelichkeitserklärung unehelicher Kinder (legitimatio per subsequens matrimonium und per rescriptum principis) eingeführt. An die Stelle der früheren Emanzipation durch Manzipation tritt die emancipatio per rescriptum principis (emancipatio Anastasiana) und durch gerichtlichen Vertrag (emancipatio Iustinianea).

Im Gebiete des Erbrechts werden die Testamentsformen vereinfacht (testamentum principi oblatum und apud acta conditum). Das Intestaterbrecht wird ausschließlich auf Grundlage der Kognation geordnet.

## § 32. Der Civilprozeß.

Das Verfahren, in welchem in Rom private Ansprüche vor den Gerichten geltend zu machen waren, ist im römischen Civilprozeß ausführlich darzustellen. Hier soll nur, wie dies im § 31 für das materielle Recht geschehen ist, eine allgemeine Übersicht über den Entwicklungsgang gegeben werden.

Dem römischen Civilprozeß (ordo iudiciorum privatorum) ist bis in die Kaiserzeit eine Teilung der richterlichen Tätigkeit („Zäsur des Verfahrens") eigentümlich. Die Einleitung des Verfahrens und die Feststellung des Streitstandes erfolgt nämlich vor einem Beamten, einem magistratus iuri dicundo (Verfahren in iure), die wirkliche Entscheidung dagegen durch Laien (iudices, arbitri, recuperatores, Verfahren in iudicio). Erst in der Kaiserzeit fiel mit Einführung der extraordinaria

cognitio diese Trennung fort und zwar vollständig erst unter Diokletian (294 n. Chr.).

Hinsichtlich des Verfahrens sind mehrere — mit den Perioden der allgemeinen Rechtsgeschichte (S. 43) nicht zusammenfallende — Entwicklungsabschnitte zu unterscheiden, die man mit den Ausdrücken: Legisaktionenverfahren, Formularverfahren, Kognitionalverfahren zu bezeichnen pflegt.

a. Legisaktionenverfahren.

Legisactio bedeutet im w. S. eine in bestimmter feierlicher Form vorgenommene Rechtshandlung (lege agere, S. 149), im e. S. eine auf Durchsetzung eines Anspruchs gerichtete Prozeßhandlung sowie das hierfür angeordnete Verfahren. Solcher Verfahrensarten gab es im ältesten römischen Prozesse fünf: drei für das Verfahren zwecks Erlangung eines vollstreckbaren Urteils (legisactio sacramento, per iudicis arbitrive postulationem und per condictionem) und zwei für die Vollstreckung des durch Urteil festgestellten Anspruchs (legisactio per manus iniectionem und per pignoris capionem).

b. Formularverfahren.

Dem Legisaktionenverfahren war eine große Formenstrenge eigentümlich. Es war nur für Ansprüche zulässig, die sich auf einen Satz des ius civile stützen konnten und für welche eine Klagformel (legisactio) vorhanden war, die dann ohne jede Abänderung verwendet werden mußte (S. 149 [2]). Den Bedürfnissen eines gesteigerten Geschäftsverkehrs war ein so starres Verfahren nicht gewachsen. Eine Umgestaltung brachte die lex Aebutia (um 200 v. Chr.), durch welche das Verfahren per formulas in den Prozeß eingeführt wurde. Formula ist eine schriftliche Anweisung, durch welche der Magistrat bei Beendigung des Verfahrens in iure dem hierbei von ihm ernannten Laiengeschworenen die Bedingungen angibt, unter denen er den Beklagten zu verurteilen oder den Kläger abzuweisen hat. Den Inhalt der formula bestimmt der Magistrat nach seinem die Umstände des einzelnen Falls berücksichtigenden billigen Er-

messen unter Zugrundelegung der von ihm in seinem Edikt aufgestellten Rechtsgrundsätze (S. 107). So erhält er die Möglichkeit, im Wege der Rechtsprechung (praetor ius dicere potest, facere non potest, S. 107) neue, den Zeitbedürfnissen gerecht werdende Rechtssätze einzuführen und veraltete kraftlos zu machen[1]).

### c. Kognitionalverfahren.

Das Formularverfahren blieb bis in das 3. Jahrhundert n. Chr. in Geltung. Daneben entwickelte sich seit der ersten Kaiserzeit für die auf ius novum (S. 156) gestützten Ansprüche ein Verfahren (extraordinaria cognitio), bei welchem eine Trennung von ius und iudicium nicht eintrat, vielmehr der Prozeß vom Anfang bis zum Ende vor einem Beamten verhandelt und von ihm entschieden wurde, so daß die Feststellung einer formula entbehrlich wurde. Allmählich verdrängte das Kognitionalverfahren den Formularprozeß völlig; es bildet auch die alleinige Grundlage des justinianischen Prozesses.

---

[1]) Über die Fassung der Formel ist im Civilprozeß ausführlich zu sprechen. Hier ist nur des Verständnisses wegen vorwegzunehmen, daß die formula — abgesehen von der sie einleitenden Bestellung des Laienrichters (Titius iudex esto! oder Licinius, Sempronius, Seius recuperatores sunto!) — vier Hauptbestandteile enthalten kann (G. 4, 39 ff.):

a. die intentio, d. h. den vom Kläger geltend gemachten Anspruch, eingeleitet mit „Si paret“ (bei den fest bestimmten actiones certae) oder „Quidquid paret“ (bei den erst durch den iudex dem Umfange nach zu ermittelnden Ansprüchen, actiones incertae);

b. die der intentio vorangehende demonstratio, d. h. eine kurze juristische Bezeichnung des dem Anspruche zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses (Klagegrund);

c. die den Schluß der Formel bildende condemnatio (. . . „condemna, si non paret absolve“);

d. die adiudicatio, Zuweisung des streitigen Gegenstands an eine der Parteien.

Die adiudicatio fand sich nur in Teilungsprozessen (§ 103 c), die demonstratio nur bei den actiones incertae; bei Feststellungsklagen (§ 58[3]) fehlte auch die condemnatio. In den Formelbeispielen in Gajus' Institutionen Buch IV wird der Kläger mit A. A. (Aulus Agerius, der Reiche, welcher klagt), der Beklagte mit N. N. (Numerius Negidius, der zahlen soll, aber dies verweigert) bezeichnet.

# B. System des römischen Privatrechts.

## § 33. Die Bedeutung des römischen Privatrechts für das heutige bürgerliche Recht.

Das österreichische bürgerliche Recht, das zum größten Teile im ABGB. zusammengefaßt ist, beruht, wie schon S. 36 ff. dargelegt ist, zum Teil auf römischem, zum Teil auf deutschem Rechte. Wie für das Verständnis jedes Rechtsgebiets, so ist auch für das des Privatrechts die Kenntnis seiner Entwicklungsgeschichte unerläßlich. Schon aus dieser Erwägung ergibt sich die Notwendigkeit des Studiums der geschichtlichen Grundlagen des heutigen bürgerlichen Rechts. Das römische Recht hat aber aus dem weiteren Grunde noch eine besondere Bedeutung für den Juristen, weil es die juristischen Begriffe mit einer solchen Meisterschaft und Feinheit entwickelt, daß seine Kenntnis für die Erziehung des jungen Juristen und für die Bildung seiner Urteilskraft nicht zu entbehren ist.

# Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

## Erster Abschnitt. Personen.

### Natürliche Personen.

#### § 34. Die Rechtsfähigkeit. Allgemeines.

a. Begriff.

Rechtsfähigkeit ist die vom objektiven Recht anerkannte Befähigung, Träger von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein. Person[1]) (Rechtssubjekt) ist, wer rechtsfähig ist, also wer Rechte und Verbindlichkeiten haben kann. Dagegen betrifft die unten § 42 zu besprechende Handlungsfähigkeit die Fähigkeit, Rechte oder Verbindlichkeiten zu begründen, zu verändern oder aufzuheben.

Rechtssubjekt ist zunächst der Mensch und zwar nach moderner Auffassung jeder Mensch in gleichem Maße (natürliche Personen); Rechtspersönlichkeit steht aber in einem gewissen — regelmäßig auf das Vermögensrecht beschränkten — Umfange auch bestimmten Verbänden und Vermögensmassen zu (juristische Personen, unten § 37).

[1]) Persona bedeutet in den Quellen teils jeden Menschen (auch den Sklaven), teils nur den rechtsfähigen Menschen, bisweilen die besondere Rechtsstellung eines Menschen, zB. legitima persona standi in iudicio (Prozeßfähigkeit). Für „juristische Person" hatten die Römer keinen technischen Ausdruck, zuweilen sprechen die Quellen von „personae vice fungi".

b. Beginn der Rechtsfähigkeit.

1. Nach rR. beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Vollendung der Geburt (ebenso ABGB. §§ 16, 22). Der nasciturus zwischen Erzeugung und Geburt ist also nicht rechtsfähig, sondern „mulieris portio vel viscerum" (D. 25, 4, 1, 1); das Recht behält ihm aber für den Fall seiner späteren Rechtsfähigkeit gewisse Rechte vor (Rechtsparömie auf Grund von D. 1, 5, 7: Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius quaeritur.[2])

α. Der nasciturus, insbesondere der postumus, d. h. das nach dem Tode des Erblassers geborene eheliche Kind desselben, beerbt die nach seiner Erzeugung, aber vor seiner Geburt verstorbenen Personen (D. 37, 11, 3) und zwar nach neuerem rR. nicht nur kraft Gesetzes, sondern auch aus letztwilligen Verfügungen (vgl. ABGB. § 22). Zur Wahrnehmung der Rechte des noch unbekannten Erben und der Erbschaftsgläubiger kann zwecks Verwaltung des Nachlasses (als einer hereditas iacens) ein curator bonorum ventris nomine eingesetzt werden (ähnlich ABGB. § 274). Die Schwangere kann ferner bis zur Geburt des Kindes Unterhalt aus dem Nachlasse fordern (ähnlich ABGB. § 1243) und zur Sicherstellung ihrer Alimente missio in hereditatem ventris nomine beanspruchen. Zur Feststellung und Auszahlung der Alimente wird ein curator ventris (meist dieselbe Person wie der curator bonorum) bestellt.

β. Der status (unten § 35) eines in iusto matrimonio erzeugten Kindes bestimmt sich nach dem höheren Stande, wenn der Vater nach der Erzeugung eine Standes-

---

[2]) Unrichtig verallgemeinert D. 1, 5, 26: Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse; denn danach müßte zB. der nasciturus eine ihm angefallene Erbschaft auch dann erwerben und auf seine Erben weitervererben, wenn er gar nicht lebend zur Welt kommt. Dies gilt aber weder nach rR. noch nach ABGB. § 22. Vgl. auch D. 50, 16, 231: aliis non prodest nisi natus.

Vgl. noch ABGB. § 274, StGB. § 144 (Abtreibung), StPO. § 398 (keine Hinrichtung einer Schwangeren).

minderung erleidet. Soweit für den status ferner der Stand der Mutter maßgebend ist, gilt der „favor libertatis", d. h. das Kind einer ancilla ist frei, wenn die Mutter zwischen Erzeugung und Geburt auch nur einen Augenblick frei war (D. 1, 5, 5, 3).

2. Zu einer die Rechtsfähigkeit begründenden Geburt gehört nach rR. (C. 6, 29, 3), daß das Kind:

α. ausgetragen, kein „abortus" ist (partus perfectus, D. 1, 5, 12: septimo mense — d. h. frühestens am 181. Tage nach der Erzeugung — nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis);

β. menschliche Gestalt hat (ad nullum declīnans monstrum vel prodigium, D. 1, 5, 14);

γ. nach dem vollständigen Verlassen des Mutterleibes (partus editus a matre, D. 35, 2, 9, 1) gelebt hat. Hierfür soll nach der von Justinian aufgenommenen Meinung der Sabinianer (C. 6, 29, 3) jedes Beweismittel zulässig sein, während die Prokulianer nur Schreien als Lebensbeweis ansahen (ähnlich im deutschen Rechte: Beschreien der vier Wände).[3])

3. Wer aus der Geburt eines Menschen Rechte herleitet, muß sie beweisen[4]), bei Mehrgeburten auch die Reihen-

---

[3]) Das moderne Gemeine Recht hat zwei dieser Voraussetzungen aufgegeben: einmal wird auch ein noch nicht 6 Monate im Mutterleibe befindliches Kind, sofern es nur nach der Trennung von der Mutter lebt, rechtsfähig, und ferner gilt alles von Menschen lebend Geborene als Mensch, auch wenn es anormal ist (Siamesische Zwillinge). Dies muß auch für das ABGB. gelten, das den Begriff der vollendeten Geburt (§ 22) nicht näher erläutert.

Weder nach rR. (C. 6, 29, 3) noch nach ABGB. (wohl aber nach Code civil) ist Vitalität (Lebensfähigkeit des lebend Geborenen) erforderlich.

[4]) Das moderne Recht hat öffentliche Bücher zur Beurkundung des Personenstandes (der Geburt, der Verehelichung, des Todes). In Österreich obliegt die Führung der Trauungs-, Geburts- und Sterberegister, der sog. Matriken, den Seelsorgern der einzelnen Konfessionen, und nur bezüglich der Konfessionslosen der politischen Behörde.

folge, falls es hierauf (zB. Einsetzung des Erstgeborenen als Erbe) ankommt.

c. Ende der Rechtsfähigkeit.

Die Rechtsfähigkeit des Menschen endet mit seinem Tode. Wer aus diesem Rechte herleitet, muß ihn beweisen, ebenso die Zeit des Todes, wenn es darauf ankommt. Kommorienten, d. h. in der gleichen Todesgefahr (Schiffbruch, Theaterbrand) Umgekommene gelten als gleichzeitig verstorben; nur gilt nach rR. (nicht aber nach ABGB.) für das Versterben von Eltern und ehelichen Kindern in gemeinsamer Gefahr die gesetzliche Vermutung (D. 34, 5, 9, 4), daß die geschlechtsreifen Kinder (puberes) — weil in der Vollkraft befindlich und daher vermutlich widerstandsfähiger — nach, die geschlechtsunreifen (impuberes) vor den Aszendenten umgekommen seien[5]). Über die capitis diminutio maxima als Endigungsgrund der Rechtsfähigkeit vgl. unten § 35 b.

## § 35. Einfluß des status.

a. Allgemeines.

Status (Stand) ist die Rechtsstellung, welche ein Mensch in einem Gemeinwesen einnimmt (D. 1, 5: De statu ho-

---

[5]) Sonstige gesetzliche Beweisregeln für Leben und Tod eines Menschen hat das rR. nicht ausgebildet. Hierdurch ergeben sich Beweisschwierigkeiten insbesondere für den Fall, daß eine Person verschollen ist, d. h. daß ihr Aufenthalt unbekannt und ihr Schicksal mangels jeder Nachricht während eines längeren Zeitraums ungewiß ist. Für diesen Fall haben daher das Gem. R. und alle neueren Gesetzbücher gesetzliche Vermutungen aufgestellt, teils Lebensvermutungen (ABGB. § 23: „Im zweifelhaften Falle ob ein Kind lebendig oder tot geboren worden sei, wird das erstere vermutet; wer das Gegenteil behauptet, muß es beweisen"), teils Todesvermutungen, wonach beim Vorhandensein gewisser Umstände der Tod eines Verschollenen zu vermuten ist, was durch eine Todeserklärung festgestellt wird. Nach ABGB. § 24 wird der Tod eines Abwesenden oder Vermißten vermutet, wenn seit seiner Geburt 80 Jahre verstrichen sind und er seit 10 Jahren verschollen ist, ferner ohne Rücksicht auf sein Alter, wenn er seit 30 Jahren unbekannt geblieben ist, endlich wenn er sich in einer nahen Todesgefahr befunden hat (Schiffbruch, Schlacht) und seit 3 Jahren vermißt wird.

minum). Während sich im modernen Rechte der dem natürlichen Recht entsprechende Grundsatz der rechtlichen Gleichwertigkeit aller Menschen durchgerungen hat (vgl. zB. RGG. vom 21. Dezember 1867 § 2: „Vor dem Gesetze sind alle Staatsbürger gleich"), war in Rom die volle Rechtsfähigkeit (caput civis) an Freiheit (status libertatis), Bürgerrecht (status civitatis) und Zugehörigkeit zu einem Familienbund, einer Agnatenfamilie (status familiae), geknüpft und konnte demgemäß auch in drei Beziehungen eine Veränderung (capitis diminutio) erleiden, nämlich: capitis diminutio maxima bei Verlust der Freiheit, media bei Verlust der Civität und minima beim Ausscheiden aus der angestammten Familie (I. 1, 16; D. 4, 5).

b. Status libertatis.

1. Entstehung der Sklaverei.

Die Sklaverei entsteht durch Geburt von einer Sklavin (vgl. S. 164 über den favor libertatis) und durch Verlust der Freiheit (capitis diminutio maxima).[1])

---

[1]) Capitis diminutio maxima tritt für Römer ein:

a. Iure gentium durch Kriegsgefangenschaft. Vom Feinde gefangene Römer werden Sklaven, ebenso wie eroberte Sachen in das Eigentum der Eroberer treten. Es besteht jedoch ius postliminii (D. 49, 15, C. 8, 50): kehren die Gefangenen zurück und werden die Sachen den Feinden wieder abgenommen, so wird die Gefangenschaft als nicht eingetreten angesehen, und es leben die untergegangenen Rechte mit der Unterstellung, daß sie bisher geruht hätten, wieder auf. Das postliminium ist versagt Überläufern und Bürgern, welche sich mit den Waffen in der Hand ergeben. Stirbt ein Römer in der Kriegsgefangenschaft, so ist nicht nur ein während derselben errichtetes, sondern auch jedes frühere Testament ungültig. Denn nach rR. ist Voraussetzung seiner Gültigkeit, daß der Testator bis zu seinem Ableben die Testierfähigkeit besessen hat, Unfreie entbehren dieselbe jedoch. Um den hieraus sich ergebenden Unzuträglichkeiten zu steuern, bestimmt eine von Sulla eingebrachte lex Cornelia, daß von einem in der Gefangenschaft sterbenden Römer anzunehmen sei, derselbe sei im Augenblicke der Gefangennahme, d. h. als Freier, gestorben (fictio legis Corneliae; D. 28, 1, 12). Für Kriegsgefangene wird durch eine lex Hostilia (170 v. Chr.) eine gewisse Prozeßvertretung zugelassen (I. 4, 10, pr.). Kriegsgefangene werden nicht notwendig Sklaven,

## 2. Rechtsverhältnisse der Sklaven.

**α. Persönliche Stellung[2]). Der Sklave ist kein Rechtssubjekt** (caput), **sondern bloßes Rechtsobjekt, Sache**

---

sondern vielfach peregrini dediticii (S. 76). Auch kann der Feldherr sie den Soldaten überlassen oder ihren Verkauf für die Staatskasse anordnen (sub corona vendere); vgl. unten § 120 a 1 ε.

b. In mehreren Fällen tritt Verlust der Freiheit zur Strafe ein, so insbesondere bei der Verurteilung zum Tode oder zu lebenslänglicher Bergwerksarbeit (in metallum, D. 28, 1, 8, 4) und nach einem SC. Claudianum (52 n. Chr.) für die Römerin, die trotz dreimaliger Abmahnung mit einem fremden Sklaven in Geschlechtsgemeinschaft lebt (I. 3, 12, 1). Nach einem anderen SC. Claudianum (D. 40, 13, 5) scheint einem Freien, der sich absichtlich (pretii participandi causa) als Sklave verkaufen ließ, die vindicatio in libertatem versagt worden zu sein. Über die revocatio in servitutem vgl. S. 172.

In älterer Zeit wird der seine Freiheit verlierende Bürger „trans Tiberim" (ins Ausland) verkauft, weil das Verbleiben eines ehemaligen Bürgers als Sklaven im Inlande für unpassend gehalten wurde. Beseitigt ist durch die lex Poetelia der Freiheitsverlust des nexus und adiudicatus.

[2]) Wer als Freier sich für einen Sklaven hält und so lebt (bona fide servire), steht unter Sklavenrecht, wer umgekehrt als Sklave tatsächlich wie ein Freier lebt (in libertate esse, S. 171), unter Freienrecht.

Ist der status einer Person zweifelhaft, sei es, daß jemand einen Freien als seinen Sklaven beansprucht oder daß er über ihn als Freigelassenen ein Patronatrecht behauptet, so wird hierüber im Wege eines Civilprozesses entschieden. Im Freiheitsprozeß (liberalis causa) mußte für den, um dessen Freiheit es sich handelte und der daher als Streitgegenstand nicht Partei sein konnte, ein assertor (vindex libertatis) auftreten. Für diesen Fall wurde deshalb die grundsätzlich unzulässige Prozeßvertretung gestattet (I. 4, 10, pr.). Hierbei spielte sich der Prozeß anfänglich in den Formen des Eigentumsstreits über eine Sache (rei vindicatio, unten § 127 f) ab, wobei die Verteilung der Parteirollen sich nach dem tatsächlichen Besitzstande zur Zeit der Litiskontestation bestimmte. Wurde eine tatsächlich wie ein Freier lebende Person von jemandem als Sklave beansprucht, so mußte der angebliche dominus als Kläger die vindicatio in servitutem anstellen, im anderen Falle der assertor die vindicatio in libertatem. Nach einem schon in die 12 Tafeln aufgenommenen, vom Dezemvir Appius Claudius im Prozeß der Virginia angeblich verletzten (S. 95) Grundsatze war die betroffene Person während der Dauer des Freiheitsprozesses in Freiheit zu belassen (vindicias dato secundum libertatem, in heutiger Ausdrucksweise: der Prätor hatte im Wege der

(vgl. zB. die Gleichstellung mit dem Vieh in der lex Aquilia, D. 9, 2, 2). Er steht also nicht nur, wie die übrigen Gewaltunterworfenen (Hauskinder, uxor in manu, personae in mancipio) unter der potestas des Hausherrn, sondern in seinem dominium. Dieser kann mit ihm daher nach Willkür verfahren (vgl. Juvenal 6, 223: hoc volo, sic iubeo, stat pro ratione voluntas). Da jedoch „quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt" (D. 50, 17, 32), so wird dem Sklaven eine gewisse Rechtspersönlichkeit zugestanden: er ist handlungsfähig, und wenn er auch keine Familie im Rechtssinne hat, so wird auf die von ihm eingegangene Ehe (contubernium) doch eine gewisse

---

einstweiligen Verfügung anzuordnen, daß bis zur Entscheidung der liberalis causa die umstrittene Person als Freier zu behandeln sei). Später wurde über Libertät oder Ingenuität vom Prätor durch ein praeiudicum entschieden, also nur die Feststellung getroffen: an Titius liber sit (davon Präjudizialklage = Feststellungsklage, CPO. § 228).

Über die Frage, ob jemand die Civität habe oder nicht, konnte nicht, wie über Libertät oder Ingenuität, im Civilprozeß entschieden werden, sondern nur unmittelbar durch den Magistrat. Auch heute ist die Frage, ob jemand das Indigenat hat (Inländer ist), mit allgemeiner Wirkung und unmittelbar nicht im Wege des Civilprozesses, sondern durch die Verwaltungsbehörden zu entscheiden; inzidenter, d. h. als Vorfrage bei einem Civilprozesse (CPO. § 61, zB. gelegentlich der prozeßhindernden Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten, CPO. §§ 57 ff.), kann die Frage, ob jemand Ausländer oder Inländer ist, auch im Civilprozeß entschieden werden, natürlich aber ohne Wirkung für andere Fälle.

Da Streitigkeiten über Libertät und Ingenuität heute nicht mehr vorkommen können, versteht man heute unter Statusprozessen die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten über Familienverhältnisse einer Person (Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern, JN. § 50). Da der Staat ein Interesse daran hat, daß der Personenstand nicht durch die Beteiligten willkürlich geändert wird, gelangt im Eheprozesse, d. i. im Verfahren wegen Ungültigkeit, Trennung oder nicht einverständlicher Scheidung einer Ehe, die die CPO. beherrschende Offizialmaxime noch schärfer zum Ausdrucke (Hofd. vom 23. August 1819, JGS. Nr. 1595 und JMV. vom 9. Dezember 1897, RGB. Nr. 283). Den gleichen Zweck, bei Statusklagen der Kollusion, d. h. dem geheimen Einverständnisse der Parteien vorzubeugen, verfolgte in Rom ein SC. de collusione deteganda seit Kaiser Domitian (D. 40, 16, 1).

Rücksicht genommen; auch wird das aus dem dominium des Herrn folgende, ursprünglich unbeschränkte ius vitae ac necis in der Kaiserzeit gesetzlich begrenzt[3]).

β. In vermögensrechtlicher Beziehung nimmt der Sklave am commercium seines Herrn teil und bildet mit ihm dergestalt eine wirtschaftliche Einheit, daß alles, was der Sklave erwirbt, unmittelbar dem Herrn zufällt, gleichgültig, ob er das Geschäft auf dessen oder seinen eigenen Namen schließt. Hierin liegt keine Verletzung des röm. Grundsatzes (unten § 51 a) der Unzulässigkeit unmittelbarer Stellvertretung (per liberam personam nobis acquiri non potest, G. 2, 95); denn der Sklave ist kein von seinem Herrn verschiedenes Rechtssubjekt. Verpflichten kann der Sklave den Herrn nur, wenn er ein Sondergut (peculium) zur selbständigen Verwaltung erhalten hat, das in rechtlicher Beziehung einen Bestandteil des hausherrlichen Vermögens bildet (I. 4, 6, 10). Dann haftet der Herr in der Höhe desselben („dumtaxat de peculio") mit der actio de peculio[4]). Für unerlaubte Handlungen des Sklaven haftet der Eigentümer zur Zeit der Klageanstellung (actio noxalis, I. 4, 8, D. 9, 4, C. 3, 41), auch wenn sie beim früheren Eigentümer begangen waren (noxa caput sequitur); er kann sich aber durch noxae deditio, Auslieferung des Sklaven an den Geschädigten, befreien (unten § 112 c 5).

Sich selbst kann der Sklave weder verpflichten noch berechtigen. Wird er aber freigelassen, so gelten die von ihm vorher geschlossenen Rechtsgeschäfte als Naturalobligationen, d. h. sie sind nicht klagbar, aber erfüllbar (unten § 70 b 2).

---

[3]) Eine lex Petronia (61 n. Chr.) verbietet die Verwendung der Sklaven zum Tierkampf (siehe auch D. 18, 1, 42), Antoninus Pius untersagt die eigenmächtige Tötung (G. 1, 53: male enim nostro iure uti non debemus), Severus die Prostitution der Sklavinnen (D. 1, 12, 1, 8). Seit Konstantin werden besonders die christlichen Sklaven geschützt.

[4]) Diese Klage gehört zu den actiones adiecticiae qualitatis (unten § 51 a), bei denen neben dem eigentlichen Vertragsteile noch ein Anderer verhaftet ist.

### 3. Beendigung der Sklaverei.

In der Kaiserzeit endet die Sklaverei in einzelnen Fällen kraft Gesetzes (ipso iure), zB. beim Verstoßen eines kranken Sklaven (D. 40, 8, 2), beim Mißbrauch einer mit der Abrede „ne prostituatur" verkauften Sklavin (D. 37, 14, 7, pr.), beim Eintritt in den geistlichen Stand, nach einem SC. Silanianum (10 n. Chr.) zur Belohnung bei Angabe der Mörder des Herrn (D. 40, 8, 5) und durch Ersitzung der Freiheit (10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes). In republikanischer Zeit wird die Freiheit aber ausschließlich durch Freilassung (manumissio) herbeigeführt.

*α.* Formen der Freilassung. Nach älterem Recht erfolgt die manumissio: vindictā, d. h. in einem dem wirklichen Freiheitsprozesse (vindicatio in libertatem, S. 167[2]) nachgebildeten Scheinprozesse (in iure cessio, S. 151) vor dem Prätor: ein Liktor als assertor vindiziert den Sklaven unter Auflegung seines Stabes (vindicta) in die Freiheit, der dominus unterläßt die contravindicatio in servitutem und läßt den bis dahin festgehaltenen Sklaven unter Verabreichung eines Backenstreichs (Zeichen der bisherigen Unfreiheit) und indem er ihn im Kreise herumdreht, los; censu, d. h. indem der Sklave sich (natürlich iubente domino) zu den tabulae censoriae anmeldet; und testamento, durch letztwillige Verfügung. Ein unmittelbar durch Testament Freigelassener heißt libertus orcīnus, weil sein Patron im Orkus ist. Dagegen wird der nur mittelbar, durch Auftrag (fideicommissum) an den Erben, Freigelassene erst durch die Freilassung seitens des — nach Kaiserrecht hierzu verpflichteten — Erben frei, tritt also unter dessen Patronat. Statuliber heißt ein Sklave, dem erst von einem bestimmten Tage an (ex die) oder unter einer aufschiebenden Bedingung die Freiheit vermacht ist (D. 40, 7, 1, pr.).

Nur die vindicta, censu, testamento (seit Konstantin auch die in ecclesia, vor Bischof und Gemeinde) bewirkte Freilassung machte zum römischen Bürger; formlose Freilassung (zB. per epistolam, inter amicos)

gewährte nur tatsächliches, allerdings vom Prätor (durch Verweigerung der vindicatio in servitutem, S. 167[2]) geschütztes Freisein (in libertate esse). Seit der lex Junia Norbana werden formlos Freigelassene Latini Juniani (S. 178[10]). Justinian verlieh auch den formlos Freigelassenen (zB. denen, die mit einem Hut, als „pileati", an dem Leichenbegängnis des Herrn hatten teilnehmen dürfen) die volle Civität (C. 7, 6, 1, 1).[5])

*β. Rechtsverhältnisse der Freigelassenen.* Zwischen dem Freilasser (patronus) und dem Freigelassenen (libertus im Verhältnisse zum Patron, libertinus als Staatsbürger, einzelne Schriftsteller nennen allerdings liberti die

---

[5]) Die Freilassung hat jedoch nur dann die volle Wirkung, wenn der manumissor alleiniger und verfügungsberechtigter Eigentümer ist.

a. Wird die Freilassung nur von einem der mehreren Miteigentümer vorgenommen, so war dies nach älterem Recht ohne Wirkung, wenn die Freilassung formlos vorgenommen wurde; bei feierlicher Freilassung verlor der Freilassende dagegen seinen Eigentumsanteil zugunsten der übrigen (sog. ius accrescendi in servo; I. 2, 7, 4). Justinian beseitigte dies (C. 7, 7, 1) und bestimmte, daß die übrigen Miteigentümer genötigt werden könnten, ihre Anteile gegen Entschädigung an den Freilassenden abzutreten.

b. Bei Freilassung durch denjenigen, der das nudum ius Quiritium (unten § 118 b) hatte, erhielt der bonitarische Eigentümer das plenum dominium. Freilassung nur durch den bonitarischen Eigentümer gewährte nur faktisches Freisein, später bloße Latinität.

c. Verpfändete oder mit einem Nießbrauche belastete Sklaven konnten nur durch Zusammenwirken des Eigentümers und des dinglich Berechtigten vollwirksam freigelassen werden. Die Freilassung durch den Eigentümer allein bewirkte bei mit einem Pfandrechte belasteten Sklaven nur dann sofortige Freiheit, wenn es sich um ein Generalpfandrecht handelte, es sei denn, daß die Freilassung zwecks Benachteiligung der Gläubiger (in fraudem creditorum) vorgenommen wurde; bei mit Spezialpfandrechten belasteten Sklaven trat die Befreiung erst mit Aufhören des Pfandrechts ein, ebenso bei den im Nießbrauch stehenden Sklaven.

d. Juristischen Personen war im älteren Rechte die Freilassung untersagt; sie mußten den Umweg einer Veräußerung an einen Dritten mit der Auflage der Freilassung wählen. Erst durch eine lex Vectibulici (? vetti libici, C. 7, 9, 3) wurde sie den italischen, 129 n. Chr. auch den Provinzialgemeinden, durch Mark Aurel allen Korporationen gestattet (D. 40, 3, 1).

Freigelassenen, libertini deren als ingenui geltende Kinder) besteht ein Band der Treue (patronatus), ähnlich dem zwischen Patrizier und Klienten. Aus dem Treueverhältnisse folgt die Pflicht des Freigelassenen zu obsequium et reverentia (D. 37, 14, 19), welche sich im Verbote der Erhebung einer strafrechtlichen Anklage, einer actio famosa und — wenigstens ohne Erlaubnis des Prätors — einer sonstigen Klage äußert (D. 37, 15, 5). Bei schwerem Undank des Freigelassenen steht dem Patron die revocatio in servitutem zu. Der Patron hat gegen seinen Libertus auch einen Anspruch auf Unterhalt im Falle seiner Verarmung und ein gesetzliches Erbrecht, sofern der Freigelassene keine Leibeserben hat. Außer diesen gesetzlichen Pflichten pflegt der Freigelassene dem Patron noch vertragsmäßig Respektsdienste, operae officiales, und gewerbliche Dienste, operae fabriles zu leisten, welche schon dann klagbar sind, wenn der Freigelassene sie auch nur einseitig, jedoch eidlich versprochen hat (iurata operarum promissio; Fall klagbaren einseitigen Versprechens, unten § 71 a 1).

Das Patronatsrecht geht auf die Kinder des Patrons über, erstreckt sich aber nicht auf die Kinder des Freigelassenen. Es erlischt, wenn der Patron das Treueverhältnis durch Erhebung einer Kapitalanklage oder Unterlassung der Unterstützung eines bedürftigen Libertus verletzt (D. 37, 14, 5, 1).

Die Freigelassenen traten, sofern ihnen nicht durch besondere Gesetze[6]) die Civität überhaupt versagt war, in früherer Zeit, seit Beseitigung der Reform des Zensors Appius Claudius (58), nur in die 4 tribus urbanae ein, die also das ganze Proletariat umfaßten; sie wurden zum

[6]) Solche den Ansturm der forensis turba der humillimi beschränkende Gesetze sind: lex Aelia Sentia (4 n. Chr.), nach welcher wegen schwerer Verbrechen verurteilte Sklaven bei ihrer Freilassung nur peregrini dediticii (S. 76) werden und Freilassungen in fraudem creditorum ungültig sein sollten, die lex Furia (oder Fufia) Caninia (8 n. Chr.), nach welcher jeder testamentarisch nur einen Bruchteil seiner Sklaven freilassen durfte, und die lex Iunia Norbana (S. 178[10]).

Kriegsdienste nur in der Proletarierzenturie (S. 57[6]) verwendet und waren unfähig zu den Ämtern.

Die Ehe eines Senators mit einer Freigelassenen galt als Mißheirat (concubinatus, S. 52). In der späteren Kaiserzeit wird die Stellung der verhältnismäßig wohlhabenden Freigelassenen, aus denen die Kaiser ihre Beamten zu entnehmen pflegen, angesehener. Auch kann der Kaiser dem Freigelassenen den Stand eines Freigeborenen verleihen, entweder durch natalium restitutio unter Beseitigung des Patronatsrechts (D. 40, 11, 2), oder salvo iure patroni, insbesondere seines Erbrechts, durch Erteilung des ius aureorum anulorum, der Befugnis, gleich einem Senator oder Ritter einen goldenen Ring zu tragen (D. 38, 2, 3, pr.: vivit quasi ingenuus, moritur quasi libertus). Justinian, der in jeder Beziehung den Unterschied der Klassen zu beseitigen bestrebt war, hebt alle Unterschiede in der Rechtsstellung der Freigelassenen zu den Freigeborenen auf, jedoch unter Aufrechterhaltung des für verzichtbar erklärten Patronatsrechts (Nov. 78 c. 1, 2, 5).

### 4. Sklavenähnliche Verhältnisse.

*α.* Mancipium ist das Gewaltverhältnis über einen freien Menschen, welches dadurch entsteht, daß der letztere von seinem Gewalthaber, Vater oder Ehemann (S. 147), in Form der Manzipation einem Anderen übergeben wird. Die Veranlassung hierzu kann entweder ein durch den Verkauf von dem Gewalthaber erstrebter Gewinn oder die Absicht sein, durch noxae datio (S. 169) der Haftung für eine vom Hingegebenen verübte Beschädigung ledig zu werden. Am häufigsten jedoch geschieht die Hingabe in das Manzipium dicis causa, zum Schein, um den Hingegebenen auf diese Weise von der patria potestas oder manus zu befreien (S. 151). Dann ist das Manzipationsverhältnis nur ein vorübergehendes (uno momento, G. 1, 141).

Durch Hingabe in das Manzipium wird die Rechtsfähigkeit des Hingegebenen nicht geändert, vielmehr sein Commercium nur dahin beschränkt, daß er wie ein Sklave alles unmittelbar dem Gewalthaber erwirbt. Da er aber

aus seiner Familie ausscheidet, so erleidet er eine capitis diminutio minima (S. 166). Das Manzipium wird beendet durch Freilassung, nach welcher der Freilassende ein Quasipatronat erhält, durch Abverdienung des Schadens bei der noxae deditio und, falls es nur dicis causa eingegangen ist, beim nächsten Zensus.

β. Der zahlungsunfähige Schuldner, der nexus (S. 147) und der fur manifestus, d. h. der auf der Tat ertappte Dieb, werden nach altem Recht dem Gläubiger und Bestohlenen zugesprochen (addictio) und bleiben bis zur Abtragung ihrer Schuld in einem sklavenähnlichen Zustande.

γ. Auctoratus ist derjenige, welcher sich durch einen Vertrag (auctoramentum) einem Gladiatorenhalter (lanista) für eine Gladiatorenschule (ludus) verdungen hat. Er bleibt frei, wird aber infam und ist der härtesten Behandlung seines Herrn preisgegeben.

δ. Der ab hostibus redemptus (S. 166[1]) steht in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu dem, der ihn ausgelöst hat, bis der Kaufpreis zurückerstattet ist (D. 28, 1, 20, 1).

ε. In der Kaiserzeit entwickelte sich ein der deutschen Hörigkeit ähnliches Abhängigkeitsverhältnis in dem colonatus. Coloni (inquilini) waren Bauern, welche in ein Schuldverhältnis zu einem Großgrundbesitzer geraten waren, und Sklaven, welchen ein Landgut gegen eine bestimmte Abgabe in Geld (canon) oder Früchten (colonia partiaria) zu eigener Bewirtschaftung überlassen wurden. Die Kolonen waren glebae adscripti, d. h. sie gehörten zu dem Gut, auf dem sie ansässig waren, und wurden mit ihm veräußert, hatten anderseits aber auch ein Recht, auf dem Gute belassen zu werden. Die „Freizügigkeit" mangelte ihnen also. Sie hatten eigenes Vermögen, konnten dasselbe jedoch ohne Genehmigung des Herrn nicht vom Gut entfernen. Das Kolonat ist erblich (coloni originarii), kann aber auch durch Vertrag und dreißigjährige Verjährung entstehen. Ob es eine Freilassung aus dem Kolonat gab, ist zweifelhaft; beendet wurde es durch Einstellung in das Heer und nach Justinian durch Erlangung der Bischofswürde. Eine besondere

Art von Kolonen waren die an den Grenzen angesiedelten und militärisch organisierten germanischen Stämme (Laeti, germanisch Lassen), eine Art von Militärgrenze, wie die 1881 aufgehobene zwischen Österreich und der Türkei[7]).

### c. Status civitatis.

Die freien Einwohner des römischen Reichs schieden sich in cives, Latini und peregrini. Ursprünglich waren dies Unterschiede völkerrechtlicher und geographischer Natur: cives hießen die Vollbürger Roms, Latini die Angehörigen latinischer Gemeinden, peregrini die Bürger anderer Gemeinden, welche mit Rom im Verkehr standen. Mit der Ausbreitung Roms wurden diese drei Begriffe zur Bezeichnung nicht mehr völkerrechtlicher, sondern staatsbürgerlicher Rechtsstellung verwendet: cives hießen nun Vollbürger, Latini Personen, die nur das commercium, die Fähigkeit zu den Rechtsgeschäften des Civilrechts (S. 146), peregrini Personen, die nicht einmal dieses Recht hatten. Nachdem durch die lex Antoniniana des Caracalla 212 n. Chr. allen freien Reichseinwohnern das volle Bürgerrecht verliehen war (nach Dio Cassius, um die nur für römische Bürger eingeführte vicesima hereditatum, S. 82[1], von allen Einwohnern erheben zu können), tritt an die Stelle der erwähnten und beseitigten Unterschiede im Innern die Unterscheidung zwischen Inländern und Ausländern[8]).

---

[7]) Während noch das Mittelalter die Unterschiede der Freien, Hörigen und Unfreien aufrecht erhielt, sind die Bestrebungen der neueren Zeit, insbesondere des 19. Jahrhunderts, auf Beseitigung jedes persönlichen Untertänigkeitsverhältnisses gerichtet. Nachdem 1864 (Lincoln) in den Vereinigten Staaten von Nordamerika und 1876 in der Türkei die Sklaverei verfassungsmäßig beseitigt ist, besteht sie nur noch in Asien und Afrika, doch wird ihre Beseitigung auch hier (so durch Art. 9 der Kongoakte vom 26. Februar 1885) angestrebt. Vgl. auch Art. V der Generalakte der Brüsseler Antisklaverei-Konferenz vom 2. Juli 1890, RGB. Nr. 63, vom Jahre 1892, dann ABGB. § 16, StGB. §§ 95 u. 213.

[8]) Die scharfe Abgrenzung der Stände gegeneinander hatte dem Mittelalter sein eigenartiges Gepräge gegeben. Dagegen ist in neuerer Zeit, vor allem seit der französischen Revolution, eine fast völlige Ausgleichung der Geburtsstände eingetreten. Auch das moderne Staats-

Bis zur lex Antoniniana de civitate war die Rechtsentwicklung folgende:

1. Cives Romani.

Die Civität wird erworben: durch Geburt von einer Römerin, durch iusta manumissio (S. 170) und in der Kaiserzeit auch durch Verleihung. Sie wird verloren (capitis diminutio media) durch Annahme des Bürgerrechts in einer Latinen- oder Peregrinenstadt (vor Caracalla), durch Verurteilung zur Verbannung (I. 1, 16, 2)[9]) und durch Überlaufen in das Heer des Feindes (D. 4, 5, 5, 1).

---

recht unterscheidet nur zwischen Inländern und Ausländern. Allein selbst in dieser Hinsicht sind die ehemaligen schroffen Gegensätze sehr gemildert. Heute zeigt sich die verschiedene Behandlung von Inländern und Ausländern fast allein auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, nicht mehr, wie im rR. (Ausschluß der Peregrinen vom commercium und connubium), auch im Privatrecht. Während im ältesten römischen und deutschen Rechte der Fremde völlig rechtlos war, ist der Ausländer in der Gegenwart nur dann anders als der Inländer zu behandeln, wenn dies ausdrücklich bestimmt ist, wie zB. in ABGB. § 38 (Exterritorialität), CPO. §§ 57, 58 (Sicherheitsleistung für Prozeßkosten), WO. Art. 84 (Wechselfähigkeit), StGB. §§ 39, 40, 234. Vielfach ist die Gleichstellung allerdings davon abhängig gemacht, daß die „Gegenseitigkeit verbürgt ist", so zB. nach CPO. § 63 Abs. 2 (Bewilligung des Armenrechts), EO. § 79 (Exekution auf Grund im Ausland errichteter Akte und Urkunden), StGB. § 41 (Auslieferung ausländischer Verbrecher), oder es kann ein Vergeltungsrecht (Retorsion) gegen den ausländischen Staat und dessen Angehörige geübt werden, wenn diesseitige Untertanen in einem ausländischen Staate schlechter gestellt sind als die dortigen Inländer (zB. KO. § 51 Abs. 3).

[9]) In der Zeit der Republik wurde die Verbannung, nachdem der Verbannte freiwillig in das Exil gegangen war, durch einen Volksbeschluß bestätigt (aquae et ignis interdictio). In der Kaiserzeit trat an deren Stelle die deportatio in insulam. Die Verbannung zieht Konfiskation, d. h. Einziehung der Güter des Verbannten durch den Staat, nach sich. Der Prätor weist einen den Staat vertretenden Quästor in das Vermögen des Verbannten ein. Dieses wird sub hasta (S. 73[4]) im ganzen an einen Gesamtkäufer, bonorum sector, verkauft. Justinian verzichtete, den Fall einer Majestätsbeleidigung (crimen laesae maiestatis) ausgenommen, auf die Konfiskation, sofern Aszendenten, Deszendenten oder ein vermögensloser Ehegatte vorhanden waren. Von der den Verurteilten an einen bestimmten Ort bannenden Deportation ist die relegatio verschieden, durch welche jemand, ohne

Die Rechtsstellung der Vollbürger (cives optimo iure) zeigt sich: in öffentlich rechtlicher Beziehung im ius suffragii (aktives Wahlrecht, Stimmrecht in den Komitien, S. 55ff.), im ius honorum (passives Wahlrecht, Wählbarkeit zu Ämtern) und im ius sacrorum publicorum; in privatrechtlicher Hinsicht im commercium (der Fähigkeit zur Vornahme der Geschäfte des ius civile: mancipatio, in iure cessio, sponsio, Erwerb quiritischen Eigentums) und im connubium (der Fähigkeit zur Eingehung eines matrimonium legitimum, der Grundlage des altrömischen Familienrechts). Diesen Rechten stehen die Wehrpflicht und die Steuerpflicht (S. 55) sowie die Verpflichtung zur Übernahme der munera publica (Geschworenen- und Vormundschaftsdienst, S. 66) gegenüber.

Einzelnen Klassen von Bürgern sind manche dieser Rechte entzogen (cives non optimo iure). Nach Beendigung des Ständekampfes sind dies nur die Freigelassenen (S. 208) und die aerarii. Aerarii sind Bürger, welche nicht in die Zensuslisten eingetragen sind, daher das ius suffragii entbehren und keiner Zenturie angehören, vielmehr nur mit einer Kopfsteuer, aes, belastet sind. Zu ihnen gehören Bürger, welche vom Zensor aus den Tribus ausgestoßen sind (S. 73), sowie Angehörige solcher in den römischen Staatsverband aufgenommener Gemeinwesen,

---

sein Bürgerrecht oder Vermögen einzubüßen, nur vom Aufenthalt an gewissen Orten ausgeschlossen wird.

Die Deportation als Strafe ist dem österr. Strafgesetzbuch unbekannt, besteht aber in Frankreich (Algier, Cayenne, Neukaledonien) und Rußland (Sibirien). Dagegen kennt das StGB. gegenüber Ausländern die Landesverweisung nach ausgestandener Strafe, als Strafverschärfung (StGB. §§ 19, 25). Ebenso kann die im StGB. § 240 h bei Vergehen und Übertretungen als Strafe angedrohte Abschaffung aus sämtlichen Kronländern des österreichischen Kaiserstaats (d. i. aus den im Reichsrate vertretenen Königreichen und Ländern) gemäß StGB. § 249 Abs. 2 nur gegen Ausländer verhängt werden. Diese Abschaffung ist in einzelnen Fällen obligatorisch (so zB. im Falle der Verurteilung wegen Kurpfuscherei nach StGB. § 343, wegen wiederholter Kuppelei nach StGB. § 514, wegen verbotenen Spieles nach StGB. § 522), in anderen Fällen (wie zB. nach StGB. §§ 300, 305, 320) fakultativ.

welchen das ius suffragii versagt worden war. Die erste so aufgenommene Stadt war Caere, die aerarii heißen daher auch Caerites, die über sie geführten Listen tabulae Caeritum. Mit dem Aufhören des Zensus und der Verleihung des vollen Bürgerrechts an ganz Italien verschwinden die aerarii.

2. Latini.

*α.* Prisci Latini sind die Einwohner der Gemeinden von Latium, welchen wegen der Stammverwandtschaft mit Rom das commercium und connubium zugestanden, während ihnen bis zur Beendigung des Bundesgenossenkriegs (88 v. Chr.) das ius suffragii et honorum versagt war.

*β.* Latini coloniarii sind ursprünglich die Angehörigen gewisser nach Unterwerfung von Unteritalien (268 v. Chr.) dorthin ausgesandter Kolonien. Ihre Rechtsstellung unterscheidet sich von derjenigen der prisci Latini dadurch, daß ihnen das connubium versagt ist. Die den Latini coloniarii gewährte Rechtsstellung (ius Latii) pflegte man später auch anderen Kolonien und Peregrinengemeinden zu erteilen, meist solchen, die auf den Erwerb der Civität vorbereitet werden sollten. Diejenigen, welche in solchen Gemeinden Magistrate gewesen waren, wurden römische Bürger (ius Latii minus), in einzelnen Kolonien auch diejenigen, welche Dekurionen (Stadtverordnete, S. 77) gewesen waren (ius Latii maius, G. 1, 96).[10])

---

[10]) Die prisci Latini verschwanden mit der Verleihung des vollen Bürgerrechts an alle Italiener (S. 76); der Stand der Latini coloniarii dagegen erhielt sich bis zur lex Antoniniana de civitate (S. 175). In der Kaiserzeit wurde aber noch eine neue Art von Latinen geschaffen, die Latini Iuniani. Eine lex Iunia Norbana (19 v. Chr.) bestimmte, daß die nur formlos (S. 171) freigelassenen Sklaven die Rechtsstellung der Latini coloniarii erhalten, also das ius suffragii et honorum sowie das connubium entbehren, und daß sie das commercium nur unter Lebenden, nicht von Todes wegen haben sollten („vivunt ut ingenui, moriuntur ut servi" G. 1, 23 und 3, 56). Diese Latinen konnten das römische Bürgerrecht erhalten: a. durch kaiserliche Verleihung; b. iteratione, durch Wiederholung

3. Peregrini.

Nach altrömischer (wie nach altdeutscher) Anschauung war jeder Nichtrömer hostis, perduellis (duellum = bellum) und als solcher rechtlos. So erklärt sich der Satz der 12 Tafeln: adversus hostem aeterna auctoritas, d. h. der Fremde kann nichts ersitzen (unten § 122 c 1). Später erkannte man die Rechtsfähigkeit solcher Fremden an, welche einem Rom befreundeten Volk angehörten oder sich in die custodela (Gastfreundschaft, hospitium privatum) eines Römers begeben hatten.

Diese nannte man Peregrinen; man gewährte ihnen Rechtsschutz (recuperatio), behandelte sie aber nicht nach römischem, sondern nach ihrem angestammten Rechte (Personalitätsprinzip). Die Peregrinen sind daher zwar (nach ius gentium, S. 153) rechtsfähig, entbehren aber sowohl das ius suffragii et honorum als das connubium und das commercium (nach Civilrecht).

Gerade wie bei der Latinität übertrug man später den Ausdruck „Peregrinen" auf diejenigen im römischen Staatsverbande Stehenden, welchen eine ähnliche Rechtsstellung zukam. In der zweiten Periode sind Peregrinen in diesem Sinne 1. die Angehörigen fremder befreundeter Staaten, 2. die Einwohner derjenigen Provinzen, die noch nicht die Civität oder wenigstens die Latinität erhalten haben, 3. die peregrini dediticii (S. 76), 4. Römer, welche zur Strafe ihr Bürgerrecht verloren haben[11]).

der Freilassung in feierlicher Form; c. causae probatione ex lege Aelia Sentia per anniculum, wenn ein Latine, welcher vor 7 Römern eine Ehe geschlossen hatte, aus derselben ein einjähriges Kind (anniculus) vorwies; d. erroris causae probatione, wenn eine Römerin einen Latinen, den sie für einen Römer hielt, geheiratet hatte und aus der Ehe ein Sohn vorhanden war; e. militia, nave, aedificio, pistrino, wenn ein Latine durch Dienst inter vigiles (Polizei), durch Heranschaffen von Getreide, Erbauen eines Hauses oder einer Mühle sich Verdienste um Rom erworben hatte. Der Stand der Latini Iuniani erhielt sich bis auf Justinian.

Mit dem (persönlichen) ius Latii nicht zu verwechseln ist das (dingliche) ius Italicum (S. 78[3]).

[11]) Den peregrini dediticii wurden in der dritten Periode diejenigen Freigelassenen gleichgestellt, welche wegen grober Verbrechen

d. Status familiae.

„Familie" bedeutet heute eine Gruppe von Menschen, welche durch die Bande der Ehe oder der Blutsverwandtschaft miteinander in Verbindung stehen. Der römische Ausdruck „familia" ist dagegen mehrdeutig und umfaßt, wie S. 57[5] dargelegt, zuweilen auch Vermögensobjekte, nämlich das altitalische Bauerngut mit seinen wesentlichen Zubehörungen.

In dem Ausdrucke status familiae bezeichnet familia nur die Verbindung von Personen. Diese Verbindung kann eine dreifache sein: agnatio, cognatio, affinitas.

1. Agnatio (cognatio civilis oder legitima, D. 38, 10, 4, 2) ist die auf der Hausgewalt beruhende Zusammengehörigkeit. Agnaten sind alle diejenigen, welche der Hausgewalt (patria potestas oder manus) desselben pater familias unterworfen sind oder sein würden, wenn der gemeinsame Gewalthaber noch lebte, mit Einschluß des pater familias. Frauen können (als Ehefrauen in manu oder als filiae familias) zwar Agnaten sein, aber eine agnatische Familie nicht begründen, da sie nie Träger der hausherrlichen Gewalt sein können (mulier familiae suae et caput et finis est, D. 50, 16, 195, 5). Agnaten im römischen Sinne sind also (von der uxor in manu und den Adoptierten abgesehen) die von demselben Manne durch Männer abstammenden Personen (Männer oder Frauen, nach deutschem Recht nur Männer: mas a mare).

Nach seiner Stellung in der agnatischen Familie ist der römische Bürger entweder selbst Haupt einer Familie (sui iuris) oder einem Familienhaupt unterworfen (alieni iuris; I. 1, 8, D. 1, 6: De his qui sui vel alieni iuris

---

gemäß der lex Aelia Sentia (4 n. Chr.) nur ein beschränktes Bürgerrecht erhalten sollten. Sie waren von Erlangung der vollen Civität ausgeschlossen, konnten auch eines sonstigen örtlichen Bürgerrechts nicht teilhaftig werden (ἀπόλιδες) und verloren durch den Aufenthalt in Rom oder intra centesimum miliarium ihre Freiheit wieder (G. 1, 27). Nach den Berliner Fragmenten (S. 121) scheinen auch römische Bürger (deportati) unter die dediticii versetzt worden zu sein.

sunt). Die nächsten Agnaten eines pater familias sind seine Nachkommen: sui und suae (filii und filiae familias und die Nachkommen der Söhne). Die nächsten Agnaten der Seitenlinie sind die von demselben Vater abstammenden Kinder (consanguinei), gleichgültig ob sie auch die Mutter gemeinsam haben (germani) oder nicht. Dagegen sind uterini, d. h. Halbgeschwister, welche nur die Mutter gemeinsam haben, keine Agnaten. Die in manu befindliche Ehefrau gilt consanguineae loco, als agnatische Schwester der von ihrem Mann erzeugten Kinder und deshalb auch als sua (S. 148).

Die Stellung die ein Römer in seiner Familie einnimmt, ob er sui oder alieni iuris ist, hat für das öffentliche Recht keine Bedeutung. Es kann zB. auch ein filius familias Konsul werden, nach Justinian (C. 12, 3, 5) wird er dadurch aber sui iuris, ebenso durch Erlangung der Bischofswürde (Nov. 81, 3). Auch für das Privatrecht ist die Rechtsfähigkeit des homo alieni iuris nur insofern beschränkt, als er anfänglich alles, was er erwirbt, mit Rechtsnotwendigkeit dem Gewalthaber erwirbt. Der filius familias kann sich also mit Schulden belasten, aber kein Vermögen für sich erwerben. Später wird dieser Grundsatz in doppelter Beziehung durchbrochen: das SC. Macedonianum entzieht dem Haussohn die selbständige Darlehensfähigkeit (unten § 93 b); anderseits erhält er in der Kaiserzeit bestimmte Vermögensmassen zu Eigentum (peculium castrense und quasicastrense, bona adventicia, S. 158).

Hört die patria potestas eines pater familias durch seinen Tod oder in sonstiger Weise, zB. durch emancipatio, auf, so wird das bisherige Hauskind sui iuris, die agnatische Verbindung der nunmehr selbständige Familien bildenden bisherigen Hausgenossen bleibt aber bestehen (D. 50, 16, 195, 2). Durch diese Spaltung des Agnatenkreises werden die einzelnen Familien einander jedoch allmählich derart entfremdet, daß die Tatsache ehemaliger Hauszusammengehörigkeit sich nur in dem gemeinsamen Namen widerspiegelt: der Kreis dieser miteinander weitläufig agnatisch verwandten Familien ist die gens (S. 45).

2. Cognatio (naturalis) ist die durch Abstammung begründete Verwandtschaft. Während die agnatio auf der Gemeinschaft des Hauses beruht, ist die Grundlage der cognatio die (physiologische) Gemeinschaft des Blutes. Agnatio und cognatio decken sich vielfach, aber nicht immer. Denn einerseits kann die agnatio auch künstlich, durch Aufnahme in die Familie hervorgebracht werden (durch arrogatio und adoptio plena, s. u.), so daß es also Agnaten gibt, die keine Kognaten sind, was Paulus (D. 38, 10, 10, 4) allerdings bestreitet; und anderseits wird die agnatio, nicht aber die cognatio durch das Ausscheiden aus dem Hause (emancipatio) beseitigt, so daß es Kognaten gibt, die keine Agnaten sind. Endlich kann die agnatische Verwandtschaft durch Geburt nur in vollgültiger Ehe entstehen, während uneheliche Kinder nur zu ihrer Mutter und deren Kognaten in kognatische Verwandtschaft treten (D. 1, 5, 24; vgl. ABGB. § 165).

Die voneinander abstammenden Blutsverwandten bilden die gerade Linie (linea recta) und sind Aszendenten (linea superior) und Deszendenten (linea inferior). Seitenverwandte (Kollateralen, linea transversa s. obliqua) sind diejenigen Blutsverwandten, welche von einem gemeinsamen Dritten abstammen.

Der Grad, d. h. die Nähe der Verwandtschaft zwischen zwei Personen, wird nach römischem und modernem Rechte[12]) durch die Anzahl der zwischen diesen Personen liegenden Zeugungen bestimmt (quot generationes, tot gradus, sog. römische Komputation). Man ist daher verwandt: mit seinen Eltern und Kindern im ersten, mit seinen Geschwistern im zweiten, mit seiner Eltern Geschwistern (patruus, amita

[12]) Die deutsche und kanonische Komputation berücksichtigt in der Seitenlinie nur die Zahl der Zeugungen auf einer (der längeren) Seite bis zum gemeinschaftlichen Stammvater. Das ABGB. bestimmt in § 41: Die Grade der Verwandtschaft zwischen zwei Personen sind nach der Zahl der Zeugungen mittels welcher in der geraden Linie eine derselben von der andern, und in der Seitenlinie beide von ihrem nächsten gemeinschaftlichen Stamme abhängen, zu bestimmen (also römische Komputation).

von der Vaterseite, avunculus, matertĕra von der Mutterseite) im dritten, mit deren Kindern (consobrini = Kousin und Kousine) im vierten Grade. Geschwisterenkel (sobrini) sind im sechsten Grade verwandt. Hiermit endet gewöhnlich der römische Stammbaum (stemma); vom siebenten Grade werden nur noch die Sobrinenkinder aufgenommen (sobrino sobrinave nati nataeve) und vom Rechte berücksichtigt (zB. bei der gesetzlichen Erbfolge, siehe unten). Vgl. I. 3, 6: De gradibus cognationis; D. 38, 10: De gradibus et adfinibus et nominibus eorum.

3. Affinitas (Schwägerschaft) ist das Band zwischen einem Ehegatten und den Kognaten des anderen Ehegatten. (D. 38, 10, 4, 3: adfines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur et altera ad alterius cognationis finem accedit). Während das rR. Grade der Affinität nicht beachtet (gradus affinitati nulli sunt, D. 38, 10, 4, 5), ist nach kanonischem und modernem Rechte jeder Ehegattte mit den Kognaten des andern in demselben Grade verschwägert, in welchem der andere Ehegatte mit ihnen verwandt ist. Affinen ersten Grades sind also die Schwiegereltern (socer, socrus) und Schwiegerkinder (gener, nurus) sowie die Stiefeltern (vitrĭcus, noverca) und Stiefkinder (privignus, privigna) untereinander. Nicht verschwägert sind comprivigni, zusammengebrachte Kinder aus früheren Ehen und die Kognaten der Ehegatten untereinander, wie zB. die beiderseitigen Schwiegereltern.

Die agnatio ist die Verwandtschaft des ius civile, die cognatio diejenige des ius gentium. Während daher das ältere Familienrecht gemäß dem ursprünglichen Einflusse des ius civile (S. 148) ausschließlich auf der agnatio beruht, so daß cognatio und affinitas nur als Ehehindernisse in Betracht kommen, wird die agnatio mit dem allmählichen Vordringen des ius gentium völlig durch die cognatio verdrängt, vor allem im Erbrechte (S. 158). Gegenwärtig hat (abgesehen von der Adoption und dem auch heute noch bedeutsamen Begriffe der deutschen Agnation) allein noch die Kognation Bedeutung.

Die affinitas hat im rR. Wirkungen nur so lange die Ehe besteht[18]); sie gilt als Ehehindernis und befreit von der Zeugnispflicht sowie dem Kriminalgeschworenenamte.

Die Veränderung der bisherigen agnatischen Familienbeziehungen (familiae amissio s. mutatio), d. h. das Ausscheiden aus dem angestammten Hause unter Übergang in eine andere familia durch emancipatio, datio in mancipium und in adoptionem, arrogatio, conventio in manum mariti (nicht aber der die agnatischen Bande unberührt lassende Tod des pater familias, S. 181) führt eine Statusveränderung, die capitis diminutio minima, herbei. Diese hatte nach früherem rR. auch privatrechtliche Wirkungen, welche sich auf den Verlust des bisherigen und Erwerb eines neuen commercium zurückführen lassen: usus-fructus und usus endeten durch capitis dim. min. wie durch den Tod, das bisherige gesetzliche Erbrecht hörte auf, die Kontraktsschulden gingen unter, und bei der Annahme eines Gewaltfreien, arrogatio, ging nur das Aktivvermögen auf den pater arrogans über (acquisitio per universitatem), während die Schulden des Arrogierten untergingen. Schon im prätorischen Rechte wurde den hierdurch benachteiligten Gläubigern restitutio in integrum gewährt (D. 4, 5, 2, 1). In das justin. R. ist von den privatrechtlichen Wirkungen der c. d. minima nichts übergegangen.

## § 36. Umstände, welche die Rechtsfähigkeit beeinflussen.

Abgesehen von dem in § 35 behandelten status wird die Rechtsfähigkeit des Römers noch beeinflußt von Ge-

[18]) Das kanonische Recht sieht die Quelle der Schwägerschaft in der Geschlechtsvereinigung. Es erkennt daher einerseits auch eine auf außerehelicher Geschlechtsvereinigung beruhende affinitas illegitima an, anderseits die Fortdauer der Wirkungen der affinitas auch nach Lösung der sie begründenden Ehe. Das ABGB. folgt in letzterer Richtung dem kanonischen, im übrigen dem römischen Rechte, indem es im § 41 bestimmt: „In welcher Linie und in welchem Grade jemand mit dem einen Ehegatten verwandt ist, in eben der Linie und in eben dem Grade ist er mit dem anderen Ehegatten verschwägert." Vgl. auch CPO. § 321 Z. 1, StPO. § 152 Z. 1.

schlecht (a), Ehre (b) und Religion (c). Von rechtlicher Bedeutung sind endlich auch Bürgerrecht und Wohnsitz (d).

a. Geschlecht.

Es gibt nur 2 Geschlechter; ein Zwitter (hermaphroditus) „magis eius sexus aestimandus, qui in eo praevalet" (D. 1, 5, 10).

Die Frauen sind im rR. nicht nur, wie unten § 42 b 3 zu zeigen, in ihrer Handlungsfähigkeit (tutela mulierum) sehr beschränkt, sondern auch hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit zurückgesetzt (D. 1, 5, 9: In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum).

1. Die Frau entbehrt aller öffentlichen Rechte (D. 50, 17, 2: Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere). Sie kann daher auch die munera publica nicht versehen und ist deshalb zur Vormundschaft grundsätzlich unfähig (D. 26, 1, 18, vgl. jedoch C. 5, 35, 2 und 3), ebenso auch zum Testamentszeugnis (I. 2, 10, 6).

2. Die Frau ist ferner in ihrer privaten Rechtsfähigkeit zurückgesetzt und zwar nicht nur als Ehefrau, sondern auch allein auf Grund ihres Geschlechts. Insbesondere kann sie nie Trägerin einer Hausgewalt werden (S. 180), sie wird deshalb auch in allen hiermit in Verbindung stehenden Verhältnissen zurückgesetzt, so insbesondere nach altem Civilrecht im gesetzlichen Erbrecht: sie beerbt als Agnatin nur die consanguinei, wird anderseits aber von jedem auch noch so entfernten männlichen Agnaten beerbt (G. 3, 14). Auch im Testamentserbrecht ist sie zurückgesetzt: nach der lex Voconia (169 v. Chr., G. 2, 226) darf ein classicus (Bürger der 1. Zensusklasse) Frauen (außer die Vestalinnen) nicht zu Erben einsetzen und mit Legaten nur bis zur Hälfte der Erbschaft bedenken, ferner bedarf die Enterbung einer Tochter geringerer Förmlichkeiten als die eines Sohnes (G. 2, 127 ff.).

Diesen privilegia odiosa stehen anderseits privilegia favorabilia gegenüber: Frauen werden beim Eintreten für

eine fremde Schuld milder behandelt (SC. Velleianum 46 n. Chr., unten § 42 b 3 β) und bei ihnen wird propter sexus infirmitatem (D. 22, 6, 9, pr.) die ignorantia iuris entschuldigt (unten § 43 b 2).[1])

b. Ehre.

Ehre im subjektiven Sinne (dignitas) ist die einer Person eigene sittliche Würde, im objektiven Sinn (existimatio) die äußere Anerkennung dieser Würde eines Menschen durch die anderen (D. 50, 13, 5, 1: Existimatio est dignitatis inlaesae status, legibus ac moribus comprobatus).

Nach rR. erleidet eine Person beim Vorliegen bestimmter Umstände eine Minderung[2]) der normalen rechtlichen Bewertung (status inlaesae existimationis) und damit auch ihrer Rechtsfähigkeit.

---

[1]) Schon im justin. R. war die Frau in privatrechtlicher Beziehung dem Manne hinsichtlich der Rechts- (nicht aber auch der Handlungs-) fähigkeit, unten § 42 b 3, fast gleichgestellt. Dies gilt auch für das österreichische Recht; einzelne zuungunsten der Frauen bestehende Ausnahmen sind teils auf die natürliche Verschiedenheit der beiden Geschlechter, teils auf die Sitte zurückzuführen. Solche Ausnahmen finden sich im ABGB. im § 92 (Verpflichtung der Gattin, dem Manne in seinen Wohnsitz zu folgen, die von ihm getroffenen Maßregeln zu befolgen usw., vgl. auch §§ 91 und 1034), im § 120 (Verbot der Wiederverehelichung der Witwe vor Ablauf der Wartezeit), im § 626 (Ausschluß der Frauen von der Fideikommißnachfolge), im § 591 (Unfähigkeit der Frauen zur Zeugenschaft bei letztwilligen Anordnungen). Die eheliche Mutter und die eheliche väterliche Großmutter können ferner wohl als Vormünderinen ihrer Kinder bezw. Enkel bestellt werden, ihre gesetzliche Berufung erfolgt aber erst nach dem väterlichen Großvater (§ 198), und es muß ihnen stets ein Mitvormund beigegeben werden (§ 211).

Nach HGB. Art. 7 kann eine Ehefrau ohne Einwilligung ihres Mannes nicht Handelsfrau sein.

Mit Ausnahme des Verfahrens in Bagatellsachen, in welchem die Ehegattin mit Vollmacht ihres Gatten für denselben im Prozesse auftreten kann (CPO. § 449), sind Frauen als Bevollmächtigte im Prozesse ausgeschlossen (CPO. § 29 Abs. 1).

Die Zurücksetzung der Frauen in öffentlichrechtlicher Hinsicht ist auch im modernen Rechte fast unverändert aufrecht erhalten.

[2]) Von dieser Ehrenminderung ist die consumtio existimationis (D. 50, 13, 5, 3) infolge der capitis diminutio maxima und media zu unterscheiden (S. 166).

Gründe der Ehrenminderung sind: Rechtssatz und öffentliche Meinung.

1. Ehrenminderung kraft Rechtssatzes.

*α.* Auf Grund der Erteilung der nota censoria tritt ein die sog. ignominia. Ihre Wirkungen zeigen sich lediglich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts (S. 71).

*β.* Auf dem prätorischen Edikte beruht die infamia (oder infamia iuris im Gegensatz zu der unter 2 zu besprechenden infamia facti). Der Prätor erklärt in seinem Edikte (l. 1 D. De his qui notantur infamia 3, 2), daß er Personen, bei denen gewisse Umstände vorliegen, das ius postulandi entziehe, d. h. die Befugnis, persönlich für andere vor Gericht Anträge zu stellen, also als Prozeßbevollmächtigte (patronus, cognitor, procurator) aufzutreten; die so als „infames" gekennzeichneten Personen wurden dann auch noch in anderen Beziehungen in ihrer Rechtsfähigkeit zurückgesetzt.

a. Die infamia iuris tritt ein:

1) entweder unmittelbar (infamia iuris immediata) als Folge einer schimpflichen Lebens- oder Handlungsweise (schimpfliche Entlassung aus dem Kriegsdienst, Auftreten als Schauspieler, Kuppelei, Wiederverheiratung einer Witwe während des Trauerjahrs, gleichzeitige doppelte Ehe oder Verlobung, vor Justinian auch Konkurs außer bei cessio bonorum; C. 2, 11, 11);

2) oder mittelbar (infamia iuris mediata) als Folge einer Verurteilung in bestimmten Prozessen und zwar hat nicht nur jede Verurteilung zu einer Leibes- oder Freiheitsstrafe im Strafprozeß[3]) diese Folge, sondern auch die Ver-

[3]) Infam machte jede Verurteilung im iudicium publicum, d. h. wegen eines durch ein Volksgesetz mit Strafe belegten Vergehens, das in republikanischer Zeit durch eine quaestio publica abgeurteilt wurde (das Edikt erwähnt nur die calumnia, wissentlich falsche Anschuldigung und die praevaricatio, absichtliches Handeln im Prozesse zugunsten des Gegners — „qui diversam partem adiuvat prodita causa sua", D. 3, 2, 4, 4, zB. Fallenlassen der Anklage, um einen Verbrecher der Strafe zu entziehen), ferner im iudicium extraordinarium wegen furtum, rapina, iniuria, dolus. Durch Abfindung des Geschädigten wurde die infamia nicht vermieden (D. 3, 2, 4, 5).

urteilung im Civilprozeß wegen eines Privatdelikts (furtum, rapina, iniuria, dolus), sowie in den Fällen der sog. actiones famosae, d. h. dann, wenn es als ein besonderer Vertrauensbruch erscheint, daß der Beklagte erst durch den Richter zur Erfüllung seiner Vertragspflicht angehalten werden muß (actio fiduciae, pro socio, tutelae directa, depositi directa, mandati directa und contraria, D. 3, 2, 6, 5).

b. Die Folgen der Infamie waren;

1) die Entziehung des ius suffragii et honorum; von der lex Iulia municipalis sind diejenigen Teile, die den Ausschluß der Infamen von Ehrenämtern regeln, im Original erhalten (S. 97);

2) die Entziehung des ius postulandi (außer für die nächsten Angehörigen, D. 3, 1, 1, 7 u. 8) und damit auch der Befugnis zur Anstellung von Popularklagen (D. 47, 23, 4), sowie der Befugnis, sich im Prozeß durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen;

3) nach der lex Iulia de maritandis ordinibus das Verbot einer Ehe mit Freigeborenen.

Die Infamie dauerte, einmal eingetreten, für die Lebenszeit des Betroffenen, während die nota censoria nur für die Amtsdauer des Zensors währte, der sie verhängt hatte.

In das justin. R. sind diese besonderen Wirkungen der Infamie nicht übernommen (vgl. wegen des ius postulandi I. 4, 13, 11), so daß hier die infamia wie die turpitudo (S. 189) nur in der geringeren Bewertung im öffentlichen Leben, bei Beurteilung der Glaubwürdigkeit in Streitfällen usw. praktisch wird. Dagegen sind die Gründe der infamia in das justin. R. übergegangen; liegen sie also vor, so muß der Richter den Betroffenen als infam behandeln, während er bei der turpitudo nicht nur Wirkungen, sondern auch Voraussetzungen nach freiem Ermessen zu beurteilen hat.

γ. Die 12 Tafeln bestimmten: qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto; d. h. wer sich bei einer Manzipation als Zeuge oder libripens zuziehen ließ (S. 146),

in einem späteren Prozesse sein Zeugnis jedoch verweigerte, konnte bei Rechtsgeschäften, zu deren Form die Zuziehung von Zeugen (Solennitätszeugen) gehört, insbesondere der Manzipation, weder Zeuge sein noch Zeugen zuziehen, ist also an der Benutzung dieser Rechtsformen, zB. zur Testamentserrichtung, behindert (D. 28, 1, 26).

Nach Fortfall der Rechtsformen des ius civile (S. 153) wurde diese Strafe der sog. Intestabilität unpraktisch; sie wurde jedoch durch einen Senatsschluß zu Sullas lex Cornelia de iniuriis gegen die Verfasser von libelli famosi (D. 28, 1, 18, 1),[4]) durch Gesetze der christlichen Kaiser gegen Apostaten (vom Christentum zum Heidentum Zurückgekehrte) und Ketzer (die orthodoxen Grundsätze verleugnende Christen) angewendet.

2. Kraft der öffentlichen Meinung

tritt eine Ehrenminderung (infamia facti oder turpitudo) ein als Folge einer unehrenhaften Handlungs- oder Lebensweise. Da die Gründe der turpitudo nicht durch Rechtssatz ein für allemal bestimmt sind, so entscheidet das richterliche Ermessen im einzelnen Fall, ob jemand als turpis persona zu behandeln sei. Beachtet wird die turpitudo überall da, wo es auf Makellosigkeit der Lebensführung ankommt, zB. bei der Berufung zur Vormundschaft und zu anderen munera publica, bei der Bewertung einer Zeugenaussage (D. 22, 5, 3, pr.). Eine besondere Anwendung (durch Konstantins l. 27 C. 3, 28) fand die turpitudo im Testamentsrecht: die grundsätzlich nicht pflichtteilsberechtigten Geschwister können ein sie übergehendes Testament mit der querela inofficiosi testamenti anfechten, sofern ihnen eine turpis (oder infamis) persona vorgezogen ist[5]).

---

[4]) D. h. Schmähschriften, im Mittelalter Pasquille genannt, nach dem „Pasquino", der volkstümlichen Bezeichnung einer verstümmelten Aiasstatue in Rom, die zur Anheftung von Spottgedichten benutzt wurde, ebenso wie der „Marforio" (eine Kolossalstatue des Rheins).

[5]) Das österreichische Recht kennt gleichfalls eine Ehrenminderung, die in ihren Wirkungen vielfach der römischrechtlichen infamia ähnlich

### c. Religion.

Bis in die vierte Periode war die private Rechtsfähigkeit von dem als Privatsache behandelten Religions-

---

ist, allein ihre Voraussetzung ist stets eine strafgerichtliche Verurteilung; es gibt daher eine infamia immediata im österreichischem Rechte nicht. Auch bei der hiernach allein in Frage kommenden infamia mediata kann man aber zwischen infamia iuris (Ehrlosigkeit) und infamia facti (turpitudo, Verächtlichkeit) unterscheiden. Die infamia iuris tritt nur infolge Verurteilung wegen Verbrechens oder wegen einer Übertretung aus Gewinnsucht ein; sie gelangt zum Ausdruck im Verluste des Adels, der Orden und Ehrenzeichen, öffentlicher Titel, akademischer Grade und Würden, der Advokatur, des Notariates, jeder Mitgliedschaft bei Gemeindevertretungen und anderer zur Besorgung öffentlicher Angelegenheiten berufener Vertretungen, der Pensionen, Provisionen, Erziehungsbeiträge (StGB. §§ 26, 27 a und § 6 des Ges. vom 15. November 1867, RGB. Nr. 131, wodurch mehrere Bestimmungen des StGB. abgeändert wurden).

Durch § 5 des eben angezogenen Gesetzes wurde aber zugleich bestimmt, daß in Hinkunft keine strafgerichtliche Verurteilung den Verlust oder eine Beschränkung der bürgerlichen Handlungsfähigkeit nach sich ziehen solle, und daß über die Frage, ob eine strafgerichtliche Verurteilung für den Verurteilten den Verlust von Vormundschaften oder gerichtlichen Kuratelen, und dessen Untauglichkeit zur Übernahme dieser Ämter nach sich ziehe (ABGB. §§ 191, 254, 281) das Vormundschafts- oder Kuratelsgericht in jedem einzelnen Falle nach seinem Ermessen zu entscheiden habe. —

Trotzdem hat die Verurteilung wegen Verbrechens einige civilrechtlich erhebliche Wirkungen; denn sie bildet einen Scheidungsgrund (ABGB. § 109) und, bei Ehen nichtkatholischer Christen und einer mindestens fünfjährigen Kerkerstrafe, einen Trennungsgrund (ABGB. § 115), die Verurteilung zu einjähriger Kerkerstrafe hat den Verlust der väterlichen Gewalt zur Folge (ABGB. § 176), einzelne Verurteilungen machen erbunfähig (ABGB. §§ 540, 542, 543) oder bilden einen Enterbungsgrund (ABGB. § 768). Auch die Bestimmung des ABGB. § 592, wonach ein wegen Verbrechens aus Gewinnsucht Verurteilter nicht als Zeuge einer letztwilligen Anordnung gebraucht werden kann, ist unberührt geblieben. Nach CPO. § 336 und StPO. § 170 Z. 3 dürfen Zeugen, welche wegen falschen Zeugnisses oder falschen Eides verurteilt worden sind, nicht beeidet werden.

Die Wirkungen der infamia facti äußern sich bei der Frage der Tauglichkeit zur Übernahme einer Vormundschaft oder Kuratel (ABGB. §§ 191, 281), bei der Zuziehung als Vertragszeuge (ABGB. § 434), in der Unzulässigkeit der Einleitung eines Zwangsausgleiches im kaufmännischen Konkurse, wenn der Gemeinschuldner sich schon

bekenntnis gänzlich unabhängig. Erst mit der dauernden Anerkennung des Christentums als Staatsreligion wurde die volle Privatrechtsfähigkeit an die Bekennung zum rechten (orthodoxen) katholischen Glauben geknüpft (C. 1, 5, 1).

1. Die Juden waren durch das Verbot der Ehe mit Christen (C. 1, 9, 6) und des Haltens christlicher Sklaven (C. 1, 10, 1) beschränkt und von allen höheren Ämtern ausgeschlossen.

2. Haeretici (Ketzer) und apostatae (vom Christentum Abgefallene) sind intestabiles (S. 189); sie können weder testieren noch aus Testamenten erwerben.

3. Den Heiden, pagani (weil sie meist auf dem Lande wohnten), wurde die Ausübung ihres Kultus bei Todesstrafe und Konfiskation untersagt[6]).

d. Bürgerrecht und Wohnsitz.

Seit der lex Antoniniana de civitate (S. 175) verliert die bisherige Unterscheidung in cives, Latini und peregrini ihre rechtliche Bedeutung; alle freien Reichseinwohner stehen als cives Romani in Ansehung ihrer Rechtsfähigkeit einander gleich. Ihre rechtliche Behandlung wird aber auch jetzt noch von zwei örtlichen Umständen beeinflußt: der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Stadtgemeinde (Bürgerrecht) und dem Wohnsitz[7]).

1. Bürgerrecht.

Ganz Italien (S. 75), später das ganze Reich

---

einmal im Konkurs- oder Ausgleichsverfahren befunden hat (KO. § 208 b) und dergleichen mehr.

Die deutschrechtliche „Anrüchigkeit" infolge unehelicher Geburt besteht im österreichischen Rechte nicht (ABGB. § 162).

[6]) Vgl. C. 1, 5: De haereticis et manichaeis et samaritis; 1, 7: De apostatis; 1, 11: De paganis sacrificiis et templis.

Nach österreichischem Recht ist der Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte vom Religionsbekenntnis unabhängig (StGG. vom 21. Dezember 1867, RGB. Nr. 142, § 14).

[7]) Vgl. D. 50, 1: Ad municipalem et de incolis; C. 10, 39: De municipibus et originariis; C. 10, 40: De incolis et ubi quis domicilium habere videtur et his qui studiorum causa in aliena civitate degunt.

(S. 88), ist in eine Anzahl von civitates oder respublicae, d. h. selbständige juristische Personen öffentlichen Rechts mit eigenen Organen, geteilt. Jede civitas besteht aus einer Stadt mit dem umliegenden Lande.

*α.* Bürger (municeps i. e. muneris particeps) einer solchen Stadtgemeinde wird man:

a. regelmäßig durch Herkunft (origo, nativitas), d. h. eheliche Kinder werden Bürger in der Stadtgemeinde ihres Vaters, uneheliche Kinder in der ihrer Mutter (D. 50, 1, 1, 2);

b. ferner durch Adoption oder Freilassung seitens eines municeps (D. 50, 1, 15, 3 und 6, 3) sowie durch Aufnahme (allectio, C. 10, 40, 7).

Den Stadtbürgern (cives) stehen diejenigen Stadteinwohner gegenüber, die in einer Stadt oder dem dazu gehörigen Gebiete wohnen, ohne dort das Bürgerrecht zu haben (incolae).

*β.* Die rechtliche Bedeutung der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Stadtgemeinde zeigt sich:

a. in der Verpflichtung zur Übernahme der städtischen Ämter (munera), besonders in der curia, was wegen der Haftbarkeit der Dekurionen für den Eingang der Steuern unter Umständen zu einer erheblichen Vermögensbelastung führen konnte (S. 85); nur aus bestimmten Gründen trat Befreiung (vacatio, excusatio, immunitas) ein, vgl. D. 50, 5 u. 6, C. 10, 44—64;

b. in der (prozessualen) Unterstellung unter die Gerichtsbarkeit der städtischen Gerichte, d. i. jeder Bürger ist vor den Gerichten seiner civitas Recht zu nehmen verpflichtet, hat dort seinen „Gerichtsstand" (sog. forum originis, D. 50, 1, 29);

c. in der (materiell-rechtlichen) Unterwerfung unter das besondere Recht der Stadtgemeinde (sog. lex originis).

2. Wohnsitz.

*α.* Wohnsitz (domicilium) ist der Ort, an welchem sich der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse einer Person

befindet[8]). Der Wohnsitz kann frei gewählt (dom. voluntarium) oder durch Gesetz vorgeschrieben sein (dom. necessarium, zB. IR. §§ 68, 69, vgl. D. 50, 1, 23, 1). Gewaltunterworfene Personen teilen den Wohnsitz ihres Gewalthabers (sog. dom. derivativum, abgeleiteter Wohnsitz, vgl. ABGB. § 92, IR. §§ 70 ff.). Jemand kann mehrere Wohnsitze haben (D. 50, 1, 5, IR. § 66 Abs. 2) oder keinen (sog. vagabundus, D. 50, 1, 27, 2).

β. Die rechtliche Bedeutung des Wohnsitzes zeigt sich in der Unterwerfung unter die Gerichtsbarkeit (forum domicilii, D. 5, 1, 19, 4) und das besondere materielle Recht des Wohnsitzes[9]).

## Juristische Personen.

### § 37. Arten und rechtliche Natur der juristischen Personen.

Das rR. erkennt als rechtsfähige Subjekte außer den natürlichen auch die juristischen Personen an, d. h. gewisse Personenvereinigungen und sonstige Organisationen[1]), nämlich:

---

[8]) C. 10, 40, 7: In eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit; unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur; quo si rediit, peregrinari iam destitit.

[9]) Für das moderne Recht hat die Zugehörigkeit zu einer Stadt- oder Landgemeinde keine privatrechtliche Bedeutung mehr. Auch der Wohnsitz kommt nur noch als ein die Gerichtsbarkeit begründender Umstand in Betracht (CPO. § 66); dagegen ist nach ABGB. für die Anwendung des materiellen Rechts im Fall einer sog. Statutenkollision (S. 31[34]) nicht mehr der Wohnsitz, sondern die Staatsangehörigkeit entscheidend.

[1]) Juristische Personen, d. h. Rechtssubjekte, die nicht Einzelmenschen sind, gibt es solange, als überhaupt rechtliche geordnete Gemeinschaften bestehen. Vor allem konnten Staat und Gemeinde zu allen Zeiten die ihnen zukommenden Aufgaben nur dadurch erfüllen, daß ihnen Rechtsfähigkeit insbesondere auf dem Gebiete des Vermögensrechts zukam. Wurde sonach das Vorhandensein und das Bedürfnis selbständiger, mit eigener Rechtsfähigkeit begabter übermenschlicher

### a. Körperſchaften.

Körperſchaft, corpus, collegium, universitas (sc. personarum), im ABGB. „moraliſche Perſon, Körper, Gemeinde, Geſellſchaft" genannt, iſt eine vom Recht zu einer Einheit zuſammengefaßte und als ſelbſtändiges Rechtsſubjekt behandelte Perſonenmehrheit. Durch ihre Rechtsfähigkeit unterſcheidet ſich die universitas ſtreng von der societas, dem vertragsmäßigen Zuſammenſchluſſe beſtimmter Teilnehmer zur Erreichung beſtimmter Zwecke (unten § 102). Die juriſtiſche Perſon iſt ein Rechtsſubjekt, die Sozietät ein bloßes Rechtsverhältnis. Zwiſchenbildungen zwiſchen der (rechtsfähigen, eigene Organe beſitzenden, vom Wechſel ihrer Mitglieder unabhängigen) universitas und der (nicht rechtsfähigen, nicht organiſierten und an das Vorhandenſein beſtimmter Teilnehmer gebundenen) societas ſind dem rR. unbekannt[2]).

---

Organiſationen nie beſtritten, ſo gehört die Frage, wie ihre Rechtsfähigkeit ſich juriſtiſch begründen laſſe, alſo die Frage der rechtlichen Konſtruktion der juriſtiſchen Perſon, ſchon ſeit der Zeit der Gloſſatoren und noch heute zu den umſtrittenſten des geſamten bürgerlichen Rechts. Drei Theorien haben hierbei beſondere Bedeutung erlangt. Nach der Fiktionstheorie (Poſtgloſſatoren, Savigny) iſt die Zuteilung der Rechtsperſönlichkeit an eine juriſtiſche Perſon auf die fiktive Behandlung dieſer als einer natürlichen zurückzuführen. Die von Brinz aufgeſtellte Theorie des Zweckvermögens oder der ſubjektloſen Rechte geht gleich der Fiktionstheorie davon aus, daß Rechtsſubjekt nur ein Menſch ſein könne (hominum causa omne ius constitutum, D. 1, 5, 2); es ſei aber falſch, daß alle Rechte und Verbindlichkeiten notwendig mit einem Rechtsſubjekte verknüpft ſein müſſen, es gäbe vielmehr auch ſubjektloſe Rechte, insbeſondere Vermögensmaſſen, die nicht einem Rechtsſubjekte, ſondern einem Zwecke dienten und dadurch eine rechtliche Selbſtändigkeit erhielten. Die herrſchende, von den Germaniſten begründete Theorie der realen Verbandsperſönlichkeit verwirft den Ausgangspunkt der beiden erörterten Theorien, daß nur das einzelne menſchliche Individuum Rechtsſubjekt ſei; ſie weiſt auf die unleugbare Tatſache hin, daß es Verbände gibt, die Träger von Rechten und Verbindlichkeiten ſind und ihr Daſein in derſelben Weiſe, wenn auch in anderen Formen, durch Handlungen betätigen, wie die Individuen.

[2]) Wohl aber hat das deutſche und auf ihm fußend das moderne Recht zahlreiche Zwiſchenbildungen zwiſchen der juriſtiſchen Perſon und

1. Eine Körperschaft entsteht nach rR. durch den Zusammenschluß mehrerer Personen, sofern dieser in der Absicht erfolgt, hierdurch ein neues, über den Personen der Teilnehmer stehendes Rechtssubjekt ins Leben zu rufen. Ist diese Absicht vorhanden, so ist nach rR. die Vereinigung rechtsfähig, also eine juristische Person, ohne daß es einer „Verleihung der Korporationsrechte" seitens der Staatsgewalt bedürfte[3]). Die Zahl der „Gründer" muß — um einen Majoritätsbeschluß zu ermöglichen — mindestens 3 betragen („tres faciunt collegium", nach D. 50, 16, 85); fortbestehen kann das collegium aber (stat nomen universitatis, D. 3, 4, 7, 2), wenn auch nur ein einziges Mitglied vorhanden ist[4]).

der Gesellschaft geschaffen, nämlich einerseits Körperschaften mit Sonderrechten einzelner Mitglieder, anderseits Gesellschaften mit korporationsartigen Elementen, Gesellschaften mit kollektiver Personeneinheit, wie zB. Sparkassen, Assekuranzgesellschaften, Kunstvereine usw.

[3]) Anfänglich bedurfte die Gründung von Körperschaften sogar nicht einmal polizeilicher Genehmigung. Erst durch die lex Iulia de collegiis (von Cäsar oder Augustus) wurde Genehmigung des Senats (in Form einer Dispensation von dem grundsätzlichen Vereinsverbot: „ex SC. cogere, coire, convenire licet"), später des Kaisers vorgeschrieben (D. 3, 4, 1, pr.) und ein nicht genehmigter Verein (collegium illicitum) für nicht rechtsbeständig erklärt (vgl. D. 47, 22: De collegiis et corporibus). Ein genehmigter Verein (collegium licitum) galt aber ohne weiteres als juristische Person, also als rechtsfähig.

Bei der Rezeption wurde das römische Vereinsrecht nicht mit aufgenommen; nach Gem. R. galt also nach richtiger Meinung das sog. System der freien Körperschaftsbildung, wonach jeder sich als Körperschaft bildende und organisierende Personenverein die Rechtsstellung einer juristischen Person hat, wenn die Gesellschaft eine erlaubte ist (ABGB. § 26). Ein „Konzessionssystem", wonach einer Gesellschaft oder einem Vereine erst durch die staatliche Genehmigung Korporationsqualität verliehen wird, besteht in der Regel nicht. Die Konzessionen, welche Vereinen erteilt werden, sind meist nur sicherheits- oder handelspolizeilicher Natur, indem sie zur erlaubten Bildung der Gesellschaft erforderlich sind, aber keineswegs derselben die juristische Persönlichkeit verleihen. Ausnahmen hiervon bestehen bezüglich der seit dem Jahre 1855 neu entstandenen geistlichen Orden (Min. Verordn. vom 13. Juni 1858) und bezüglich der Wassergenossenschaften (Ges. vom 30. Mai 1869, RGB. Nr. 93).

[4]) Im modernen Recht ist zuweilen eine andere Mindestzahl erforderlich.

2. Die der Körperſchaft zukommende **Rechtsfähigkeit** zeigt ſich weſentlich auf dem Gebiete des Vermögensrechts[5]), unterliegt aber auch hier noch beſonderen Beſchränkungen. Insbeſondere können private Korporationen aus Teſtamenten nur erben, wenn ſie hierzu beſonders ermächtigt ſind (C. 6, 24, 8: Collegium si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est).[6])

3. Die **privatrechtliche Körperſchaft** iſt nach rR. gleich einem infans oder furiosus nicht **handlungsfähig**. Die von ihren Organen in ihrem Intereſſe vorgenommenen Handlungen verbinden an ſich nur dieſe Organe (D. 12, 1, 27) und können nur mittelbar (zB. auf Grund rechtloſer Bereicherung) für die Körperſchaft von rechtlicher Bedeutung ſein. Daher haftet die Körperſchaft auch nicht für die Delikte ihrer Angeſtellten („universitas non delinquit"; vgl. D. 4, 3, 15, 1: quid enim municipes dola facere possunt).[7])

---

[5]) Vor allem darin, daß die Körperſchaft Rechte und Pflichten, eigenes Vermögen und eigene Schulden (res communes et arca communis, D. 3, 4, 1, 1) haben kann, die die Mitglieder nichts angehen; vgl. die berühmte l. 7 § 1 D. 3, 4: Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent, und ferner D. 1, 8, 6, 1. Bei der Geſellſchaft dagegen knüpfen ſich Rechte und Pflichten an die Geſellſchafter perſönlich. Die Körperſchaft als ſolche kann auch klagen und verklagt werden und wird hierbei durch einen actor oder syndicus vertreten (D. 3, 4, 1, 2; vgl. ABGB. § 26, EinfG. zur CPO. Art. IV Z. 2 und JN. § 75.

[6]) Dagegen waren der Fiskus von vornherein, die Städte, Kirchen und piae causae nach juſtin. R. ohne weiteres fähig, aus Teſtamenten zu erwerben (vgl. D. 38, 3, 1). Nach modernem Rechte gilt dies für alle juriſtiſchen Perſonen; früher unterſtanden aus politiſchen Gründen die juriſtiſchen Perſonen, insbeſondere die Religionsgemeinſchaften, hinſichtlich des Erwerbs aus unentgeltlichen Verfügungen ſowie des Erwerbs von Grundſtücken gewiſſen, in den ſog. **Amortiſationsgeſetzen** enthaltenen Beſchränkungen (Beſchränkung der „manus mortua", insbeſondere der Kirche). Dieſe Amortiſationsgeſetze ſind durch das Konkordat vom 18. Auguſt 1855 aufgehoben.

[7]) Das moderne Gemeine Recht und ebenſo das ABGB. hat die das Verkehrsleben gefährdende Anſchauung von der Handlungsunfähigkeit juriſtiſcher Perſonen verworfen, was durch die Anerkennung der Zuläſſigkeit einer unmittelbaren Stellvertretung (unten § 51 a)

Die Organe der Körperſchaft und ihre Funktionen ergeben ſich aus der Körperſchaftsverfaſſung (lex collegii), dem „Statut". Man unterſcheidet: universitates ordinatae mit verfaſſungsmäßig beſtimmten Organen (Vorſtand) und universitates inordinatae ohne ſolche Organe, bei denen alſo die Generalverſammlung allein die Körperſchaft vertritt. Über Mehrheitsbeſchlüſſe ſiehe D. 50, 14, 160, 1; vgl. ABGB. §§ 833, 1188.

4. Als Arten von Körperſchaften ſind aus dem rR. zu erwähnen (vgl. D. 3, 4, 1, pr.):

α. Berufsgenoſſenſchaften, zB. die Prieſterkollegien (collegia pontificum et augurum, S. 45), die Handwerkerzünfte (corpora pistorum, naviculariorum), die decuriae scribarum;

β. die nach Art unſerer Kommanditgeſellſchaften organiſierten societates publicanorum (S. 73[4]);

γ. Vereine mit idealen Tendenzen (sodalitates s. collegia sodalicia), beſonders geſellige und politiſche Klubs und Unterſtützungsvereine (zB. collegia funeraticia, d. h. Sterbekaſſen).

Einzelne dieſer Körperſchaften genießen beſondere Privilegien, ſo hinſichtlich des Erwerbs von Erbſchaften (S. 196).

5. Die Körperſchaft erliſcht durch Fortfall aller Mitglieder (S. 195), ſie iſt dagegen von dem Wechſel der Mitglieder unabhängig, D. 3, 4, 7, 2, anders die societas,

---

erleichtert iſt. Die Körperſchaft, wie jede andere juriſtiſche Perſon, handelt durch ihre Organe in gleicher Weiſe wie ein Menſch durch Hand oder Mund. Wer zur Vertretung der juriſtiſchen Perſon berufen ſei, iſt in der Regel nach ihrer Verfaſſung zu beurteilen; das ABGB. enthält keine ſpeziellen Beſtimmungen hierüber, wohl aber das HGB. (Art. 227) bezüglich der Vertretung der Aktiengeſellſchaft.

Übrigens war die Handlungsunfähigkeit nur der privatrechtlichen Korporationen allgemein anerkannt. Dagegen konnten für den Fiskus von jeher gewiſſe Organe auch in vermögensrechtlicher Beziehung handeln (S. 73); in D. 4, 2, 9, 3 iſt ſogar — im Gegenſatze zu D. 4, 3, 15, 1 — von einer actio quod metus causa gegen die Stadt Capua (wahrſcheinlich auf Grund eines Beſchluſſes der Dekurionen) die Rede. Über Beſitz und Erſitzung der Stadtgemeinden vgl. D. 10, 4, 7, 3 und 41, 2, 1, 22.

I. 3, 25, 5), ferner durch Auflöſungsbeſchluß, durch Entziehung der Rechtsfähigkeit (vgl. HGB. Art. 240 und das Vereinsgeſetz vom 15. November 1867, RGB. Nr. 134, §§ 24 und 25). Das Vermögen einer erloſchenen Körperſchaft fällt an die im Statut Beſtimmten, ſonſt grundſätzlich an den Fiskus, bei collegiis illicitis und bei rein vermögensrechtlichen Körperſchaften jedoch an die etwa noch vorhandenen Mitglieder (D. 47, 22, 3, pr.).

b. Der Fiskus.

Die größte Körperſchaft des rR. war die civitas Romana. Sie gehört aber nicht dem bürgerlichen, ſondern dem öffentlichen Recht an und wenn ſie auch von Anfang an als vermögens- (insbeſondere erb-)fähiges und durch ihre Magiſtrate handlungsfähiges Rechtsſubjekt galt, ſo unterſtand ſie doch in keiner Beziehung den für ſonſtige universitates geltenden Grundſätzen des bürgerlichen Rechts. Das Staatsvermögen (ager publicus, aerarium, res publicae) ſtand außerhalb des bürgerlichen Rechtsverkehrs (res extra commercium, unten § 39 a) und die vom Konſul oder Zenſor (S. 73[4]) für den Staat geſchloſſenen Verträge (Verkäufe sub hasta oder sub corona, Verpachtungen der Steuern an die Publikanengeſellſchaften, S. 73[4]) unterſtanden beſonderen Grundſätzen.

Erſt in der Kaiſerzeit tritt der Staat, ſoweit er als vermögensfähiges Subjekt, nicht als Träger von Hoheitsrechten in Betracht kommt (fiscus, S. 82) als eine Anſtalt, d. h. als eine ſelbſtändige rechtsfähige, öffentliche Einrichtung in die Reihe der dem bürgerlichen Recht unterſtehenden juriſtiſchen Perſonen. Er bildet aber nur eine einzige juriſtiſche Perſon[8]), wenngleich er zur Erleichterung der Verwaltung in Reſſorts (stationes fisci) eingeteilt iſt.

---

[8]) Das Gegenteil nahm die früher herrſchende ſog. Pluralitätstheorie auf Grund der l. 1 C. 4, 31 an, wonach gegen die Forderung einer fiskaliſchen Kaſſe die Forderung an eine andere fiskaliſche Kaſſe nicht aufgerechnet werden kann. Dies iſt aber nur eine zur Vermeidung von Verwirrung erlaſſene Verwaltungsnorm (ebenſo ABGB. § 1441). Den richtigen Grundſatz („Einheitstheorie“)

**Privilegien des Fiskus** (vgl. D. 49, 14, C. 10, 1: De iure fisci; C. 7, 73: De privilegio fisci) ſind nach rR.:

1. Fiscus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit (D. 22, 1, 17, 5); unten § 69 a 2 β.

2. Fiscus semper habet ius pignoris (privilegiertes, geſetzliches Pfandrecht, D. 49, 14, 46, 3); § 139 c 2.

3. Fiscus semper solvendo est (keine Kautionspflicht, D. 36, 3, 1, 18).

4. Die Sachen des Fiskus ſind unerſitzbar (D. 41, 3, 18), unten § 122 c 1 ε; ſeine Anſprüche verjähren erſt in 40 Jahren, ſeine Steuerforderungen überhaupt nicht (C. 7, 39, 6), unten § 55 a 1.

Unrichtig iſt der auf D. 49, 14, 10 (non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit) geſtützte allgemeine Satz: in dubio contra fiscum; denn jene Stelle beſtimmt nach der einen Anſicht nur eine reſtriktive Auslegung der fiskaliſchen Privilegien, nach der anderen (Dernburg) nur die Strafloſigkeit einer gegen den Fiskus gefällten Entſcheidung[9]).

### c. Die Gemeinden.

Die Stadtgemeinden (civitates, municipia, coloniae) und Dorfgemeinden (vici) ſind ſchon früher als der Fiskus als juriſtiſche Perſonen auf dem Gebiete des Privatrechts

---

zeigt zB. C. 8, 42, 2 (Erlöſchen einer Bürgſchaft durch Konfuſion, falls der Fiskus Gläubiger und Schuldner beerbt, „licet diversis stationibus“).

[9]) Von den **Privilegien des Fiskus** ſind im modernen Rechte nur mehr einzelne erhalten, ſo zB. das Recht des Fiskus auf Einziehung erbloſer Verlaſſenſchaften (Kaduzitäten, ABGB. § 760), ſein Verjährungs-Privilegium (ABGB. § 1472), das Vorzugsrecht desſelben für Steuern und öffentliche Abgaben an den Erträgniſſen einer Zwangsverwaltung (EO. §§ 120, 124), an der aus der Zwangsverſteigerung ſich ergebenden Verteilungsmaſſe (EO. §§ 216, 286), oder im Konkurſe (KO. §§ 31, 43). Die noch erhaltenen Privilegien ſtehen den verſchiedenen Staatsfonds (Militärärar, Studienfonds uſw.), den ſog. stationes fisci, einzelne aber auch den Ländern und Gemeinden zu.

anerkannt worden. Sie haben gleich den Minderjährigen ein Recht auf in integrum restitutio (C. 2, 53, 4).

d. Die Stiftungen.

Stiftung ist eine zur Erreichung gewisser dauernder Zwecke bestimmte Vermögensmasse. Vgl. ABGB. § 646 Vielfach sind derartige Vermögensmassen einer natürlichen oder juristischen Person angegliedert (unselbständige oder fiduziarische Stiftungen). Nur solche Stiftungen kannte die vorchristliche Zeit, so zB. die Alimentenstiftungen von Nerva und Trajan (zur Erziehung der Kinder armer Eltern), als deren Rechtsträger der Kaiser erschien. Erst in der christlichen Kaiserzeit wurden auch selbständige Stiftungen anerkannt, d. h. Vermögensmassen, die gleich Körperschaften rechtsfähig und organisiert, also juristische Personen waren; ihre Erbfähigkeit bestimmt C. 1, 3, 48. Derartige rechtsfähige Stiftungen gibt es im rR. nur zu frommen Zwecken (piae causae, pia corpora, zB. Kranken-, Waisen-, Erziehungshäuser); sie werden dem Stiftungsstatut gemäß durch administratores (oeconomi) unter Oberaufsicht der Bischöfe verwaltet (C. 1, 3, 45, 3).[10])

Die Stiftung erlischt beim Unmöglichwerden des Stiftungszwecks, insbesondere durch Fortfall des Stiftungsvermögens, und durch staatliche Aufhebung. Die Entscheidung hierüber steht den administrativen Behörden zu (Hofd. vom 7. Juli 1841, JGS. Nr. 541).

e. Die Kirche

tritt seit Konstantin in die Reihe der selbständigen vermögensfähigen Rechtssubjekte ein. Auch die Kirche war

---

[10]) Auch für Stiftungen bedurfte es nach rR. keiner Staatsgenehmigung (C. 1, 3, 24 und 28). Nach österr. Rechte bedarf es zwar gleichfalls keiner besonderen Erteilung der juristischen Persönlichkeit an die Stiftung, wohl aber einer Entscheidung der Administrativbehörde über ihre Annehmbarkeit (ABGB. § 646 und Hofd. vom 7. Juli 1841, JGS. Nr. 541). Die gemeinrechtlich viel erörterte Frage, ob eine durch Testament errichtete Stiftung schon hinsichtlich der Zuwendungen dieses Testaments als erbfähig zu erachten sei, ist durch ABGB. §§ 559, 778 bejaht.

privilegiert (iura minorum, vierzigjährige Verjährung, Formloſigkeit letztwilliger Verfügungen zu ihren Gunſten).[11]).

---

[11]) Gemeinrechtlich wurde auch die hereditas iacens, d. h. der Nachlaß zwiſchen dem Tode des Erblaſſers und dem — den Eigentumsübergang auf den Erben erſt herbeiführenden — Erbſchaftsantritt als juriſtiſche Perſon aufgefaßt (vgl. D. 46, 1, 22: hereditas personae vice fungitur sicuti municipium), ebenſo das Grundſtück, deſſen jeweiliger Eigentümer eine Berechtigung hatte (zB. ein Apothekenprivileg), auch das Amt, deſſen Inhaber zu einem Genuſſe (zB. dem mit einer Teſtamentsvollſtreckung verbundenen Honorar) berufen war.

# Zweiter Abschnitt. Sachen.

## § 38. Einteilung der Sachen[1]).

### a. Res divini und humani iuris.

Die Sachen im weiteren Sinne (Anm. 2), also die Gegenstände, auf die sich die subjektiven Rechte beziehen (Rechtsobjekte), werden, von verschiedenen Gesichtspunkten aus, verschiedenen Einteilungen unterworfen. Als summa rerum divisio bezeichnet Gajus in seinen Institutionen (D. 1, 8, 1, pr.) die Einteilung in res divini et humani iuris. Zu den res divini iuris gehören die in niemandes Eigentum stehenden (unten § 39 a) res sacrae (Tempel) und res religiosae (Begräbnisplätze), außerdem aber auch die sonstigen durch besondere Strafrechtsnormen geschützten res sanctae (befriedete Sachen, zB. Grenzmauern, Tore, vgl. über die Ableitung von sanctum D. 1, 88, pr.), die zum Teil wenigstens im Privateigentum stehen können. Die res humani iuris sind entweder res publicae und als solche res extra commercium (unten § 39 a) oder res privatae.

### b. Res corporales und incorporales.

Als zweite Einteilung der Rechtsobjekte bezeichnet Gajus (D. 1, 8, 1, 1) die in res corporales (quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles) und incorporales (quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt,

---

[1]) I. 2, 1, D. 1, 8: De divisione rerum et qualitate.

sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae).[2])

c. Res mancipi und nec mancipi.

Diese (von Justinian ausdrücklich aufgehobene, aber schon vorher unpraktische) Einteilung beruht auf der Form, in welcher nach ius civile gewisse Vermögensbestandteile veräußert werden mußten. Die res mancĭpi (oder mancipii) konnten nämlich nur durch mancipatio, später auch durch in iure cessio, nicht aber durch formlose Übergabe, traditio, zu Eigentum übertragen und, da jene Rechtsakte des ius civile nur römischen Bürgern zugänglich waren (S. 150), von Ausländern nicht erworben werden[3]). Zu den res mancĭpi zählte das italische Bauerngut mit seinen wesentlichen Pertinenzen. Als solche gelten: der italische Grund und Boden, die Rustikalservituten — iter, actus, via, aquaeductus —, die Sklaven, die Haustiere, welche „collo dorsove domantur", und zwar nach Ansicht der Sabinianer von der Geburt, nach Ansicht der Prokulianer von der Benutzbarkeit an. Als res mancipi wurden hiernach die Vermögensbestandteile angesehen, die für die Höhe des census maßgebend waren und deren Verbleib daher von öffentlichem Interesse war (S. 57[6]).

---

[2]) Dem folgend sprach man auch im Gem. R. von „körperlichen Sachen" (Sachen im engeren Sinn) und „unkörperlichen Sachen" (Sachen im weiteren Sinn). Tatsächlich handelt es sich hierbei nicht um eine Einteilung der Rechtsobjekte, sondern um die Sonderung der Vermögensbestandteile in Eigentumsrechte (res corporales) und sonstige Rechte (persönliche und beschränkte dingliche Rechte). Das ABGB. hat diese Einteilung beibehalten, indem § 292 bestimmt: „Körperliche Sachen sind diejenigen, welche in die Sinne fallen; sonst heißen sie unkörperliche, zB. das Recht zu jagen, zu fischen und alle anderen Rechte."

[3]) Wurde eine res mancĭpi tradiert, nicht manzipiert, so blieb das civilrechtliche (quiritarische) Eigentum beim Tradenten; über das hierauf beruhende duplex dominium und das bonitarische Eigentum vgl. unten § 118 b 1.

### d. Einheitssache und zusammengesetzte Sache[4]).

Bei der Einheitssache (res unīta, zB. einem Wollstoffe) stehen die Bestandteile, aus denen auch sie naturgemäß zusammengesetzt ist (die Wollfäden), in einem derart engen Zusammenhange, daß sie für das Recht garnicht mehr in Betracht kommen; bei der zusammengesetzten Sache dagegen (res composita, universitas rerum cohaerentium) stehen die Bestandteile (zB. bei einem Kleide Stoff, Besatz, Futter, Knöpfe) nur in einer loseren Verbindung, dergestalt, daß neben Rechten an der Sache als solcher auch Rechte an den Bestandteilen denkbar sind. Freilich können diese Sonderrechte grundsätzlich erst nach dem Auseinanderfallen der Sache in ihre Bestandteile verwirklicht werden. In vielen Fällen wird der zu einem Bestandteile Berechtigte diese Trennung herbeiführen können[5]); in manchen Fällen ist ihm aber aus Gründen der Rechtspolitik diese Möglichkeit entzogen und er daher auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt[6]). Diese

---

[4]) In l. 30 pr., D. 41, 3 bestimmt Pomponius, der stoischen Lehre folgend, die begrifflichen Unterschiede zwischen Einheitssache, zusammengesetzter Sache und Sachgesamtheit (unten e) wie folgt: Tria genera sunt corporum; unum quod continetur uno spiritu et Graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura (non) soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex. — „Spiritus" bedeutet die ἕξις der Stoiker, d. h. den Teil der allgemeinen Weltseele (πνεῦμα), welcher die einzelne Sache durchdringt und von anderen unterscheidbar macht.

[5]) Nach rR. konnte der Eigentumsanspruch (die rei vindicatio) nur eine selbständige Sache zum Gegenstande haben. Es konnte also nicht A seinen von B einem Diadem eingefügten Diamanten vindizieren, vielmehr mußte diese Verbindung vorerst gelöst werden. Hierzu diente die actio ad exhibendum, die den Beklagten zwang, die von ihm widerrechtlich einer anderen eingefügte Sache dem Kläger als selbständige vorzuweisen, zu welchem Zweck er die Verbindung lösen mußte; unten § 110.

[6]) Das berühmteste Beispiel ist die schon in den 12 Tafeln anerkannte actio de tigno iuncto. Verbaute jemand in sein Grundstück fremdes Material (zB. einen Balken, tignum), so behielt dessen

Grundsätze haben insbesondere für die Verbindung, Vermischung und Verarbeitung (unten § 123) Bedeutung.

e. Einzelsache und Sachgesamtheit.

Die Einheitssache unterscheidet sich nach dem vorstehenden nur dadurch von der zusammengesetzten Sache, daß bei dieser, aber nicht bei der Einheitssache, ein Sonderrecht an einem Bestandteile möglich und dessen Loslösung denkbar ist. Aber auch die zusammengesetzte Sache ist, so lange ihre Auflösung in ihre Bestandteile noch nicht erfolgt ist, eine (einheitliche) Sache. Nun können aber auch mehrere selbständige Sachen, ohne zu einer (Einheits- oder zusammengesetzten) Sache zu verschmelzen, zueinander in eine Verbindung treten, mit der Wirkung, daß sie — unter voller Wahrung der Rechtsverhältnisse der einzelnen selbständigen und selbständig bleibenden Sachen — in gewisser Beziehung wie eine einzelne Sache behandelt werden. Es handelt sich hierbei zunächst um eine bloß begriffliche Zusammenfassung mehrerer Sachen unter einem gemeinsamen Namen (Herde, Warenlager, Bibliothek). Die Römer sprechen hierbei von corpus ex distantibus, die Neueren von universitas facti (Sachgesamtheit, im Gegensatze zur universitas iuris, der Rechtsgesamtheit, unten f) oder von universitas rerum distantium (im Gegensatze zur universitas rerum cohaerentium, oben d). Es fragt sich, ob diese Zusammenfassung mehrerer selbständiger Sachen unter einen Begriff eine rechtliche Bedeutung hat, dergestalt, daß die Sachgesamtheit als ein einheitliches Rechtsobjekt mit einheitlichen rechtlichen Schicksalen zu behandeln ist, und die Einzelsachen gewissermaßen zu bloßen Bestandteilen der Sachgesamtheit herabgedrückt werden. Dies ist zu verneinen. Die röm. Quellen erklären zwar eine vindicatio gregis für zulässig, d. h. eine Eigentumsklage, bei welcher der Kläger

bisheriger Eigentümer sein Eigentum daran; er war aber, solange das Haus stand, nicht berechtigt, die actio ad exhibendum und somit (Anm. 5) die rei vindicatio anzustellen, sondern konnte nur mit der actio de tigno iuncto eine (persönliche) Schadensersatzklage anstellen (D. 10, 4, 6); vgl. hierüber unten § 123 a 1.

eine Herde, nicht die einzelnen sie bildenden Stücke herausverlangt und mit welcher er durchdringen soll, wenn er sein Eigentum an der Herde als solcher erweist, auch wenn nicht alle dazu gerechneten Tiere ihm gehören (D. 6, 1, 1, 3: gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint: grex enim, non singula corpora vindicabuntur). Hierbei handelt es sich aber nur um eine prozessuale Erleichterung für den Kläger (D. 6, 1, 6), insbesondere zu dem Zweck, ihn vor der Gefahr der Abweisung wegen Zuvielforderung (plus petitio re) zu bewahren[7]). Vielmehr ist der umgekehrte Grundsatz, daß die Sachgesamtheit eine nur mit einem gemeinsamen Namen zusammengefaßte Vereinigung mehrerer selbständiger Sachen ist, deren jede ihre besonderen Rechtsschicksale hat, in D. 41, 3, 30, 2 ausdrücklich ausgesprochen: es gibt keine Ersitzung an einer Sachgesamtheit, sondern nur eine solche an den einzelnen Sachen und durch die Einfügung einer Einzelsache in eine schon vorhandene Sachgesamtheit wird in den Rechtsverhältnissen jener Sache nicht das geringste geändert (singulae oves suam causam habent).

Immerhin hat der Begriff der Sachgesamtheit insofern auch für den Rechtsverkehr Bedeutung, als man die letztere als solche zum Gegenstand von Rechtsgeschäften machen kann, man spricht von Verkauf oder Verpfändung eines Warenlagers, vom Nießbrauch an einer Herde usw. (D. 7, 1, 70, 3), während man die Gesamtheit der einzelnen in diesem Inbegriff enthaltenen Gegenstände meint. Hierbei ist bei solchen Sachgesamtheiten, die ihrer Bestimmung nach einem

---

[7]) Hätte die intentio der Klageformel nicht gelautet „gregem meam esse", sondern hätte der Kläger die von ihm herausverlangten Viehstücke einzeln bezeichnen müssen, so hätte er nach klassischem Prozeßrecht abgewiesen werden müssen, wenn auch nur ein Stück ihm nicht gehörte. Daß die vindicatio gregis in Wahrheit nur als Klage auf Herausgabe der dem Vindikanten gehörenden Stücke aufzufassen ist, ergibt sich einmal daraus, daß er die ihm nicht gehörenden Stücke der Herde nicht erhält (D. 6, 1, 2), anderseits daraus, daß, wenn er mit der vindicatio gregis abgewiesen ist, seiner erneuten Klage auf Herausgabe einzelner Stücke die exceptio rei iudicatae (unten § 62 b 1) entgegensteht.

gewissen Ab- und Zugang einzelner Stücke unterliegen (Warenlager, Bibliothek, Herde) als Meinung der Beteiligten zu unterstellen, daß die infolge eines solchen natürlichen Wechsels ausscheidenden Stücke frei werden, die neu hinzukommenden dagegen in das betreffende Rechtsverhältnis eintreten (D. 30, 22).[8])

f. Sachgesamtheit und Rechtsgesamtheit.

Im Gemeinen Rechte stellte man (der Glosse „non utetur" zu D. 15, 2, 1, 8 folgend, welche der universitas corporea eine universitas incorporea, in qua actiones continentur gegenüberstellte) neben den Begriff der Sachgesamtheit, der universitas facti, den Begriff der Rechtsgesamtheit, der universitas iuris. Man verstand hierunter einen Inbegriff nicht von (körperlichen) Sachen, wie bei der Sachgesamtheit, sondern von körperlichen und unkörperlichen Vermögensbestandteilen, also das Vermögen einer Person als solches und gewisse zu einer Einheit zusammengefaßte und mit einem einheitlichen Namen bezeichnete Vermögensteile (Sondervermögen). Hierzu rechnete man aus dem rR. die hereditas (D. 5, 3, 20, 10), die dos (D. 33, 4, 1, 4) und das peculium (D. 15, 1, 40: Peculium nascitur crescit decrescit moritur et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini); aus dem neueren Rechte das Handelsvermögen, die fortune de mer (Schiffsvermögen eines Reeders), das Lehns- und Fideikommißvermögen.

Wie bei der universitas facti ist für das Gem. R. streitig, ob die universitas iuris lediglich eine dem praktischen Bedürfnisse dienende Zusammenfassung bestimmter

---

[8]) Das ABGB. hat den römischrechtlichen Begriff der Sachgesamtheit als einer rechtlich als Einheit zu behandelnden Sache, im § 302 akzeptiert und ist auch im ABGB. die Möglichkeit eines Rechtsgeschäfts über einen „Inbegriff von Sachen", sowie die Einflußlosigkeit des Ausscheidens oder Eintretens einzelner der hierunter begriffenen Sachen anerkannt; vgl. zB. § 427 (Übergabe durch Zeichen bei einem Warenlager oder einer anderen Gesamtsache), § 452 (Verpfändung durch Zeichen), § 481 (Bestellung von Servituten an einer Gesamtsache).

Vermögensbestandteile durch eine einheitliche Bezeichnung ist, oder ob diese Zusammenfassung auch eine rechtliche Bedeutung hat, insbesondere ob die zur universitas iuris gehörenden Gegenstände als Einheit besondere Rechtsschicksale haben können.

Als Sonderrechtssätze für die universitas iuris bezeichnet man in der Regel:

1. die Zulässigkeit einer dinglichen Universalklage (hereditatis petitio, D. 5, 3, 4, actio rei uxoriae und actio de peculio) zum Schutze der Gesamtheit der in der universitas enthaltenen Vermögensbestandteile, so daß deren Aufzählung im Klageantrage sich erübrige; und

2. die Geltung des Grundsatzes „res succedit in locum pretii et pretium in locum rei" oder allgemeiner „surrogatum sapit naturam eius cui surrogatur", wonach der Erlös körperlicher Sachen und die als Ersatz für die zur universitas gehörigen und veräußerten oder beschädigten Vermögensbestandteile erworbenen Sachen von selbst in die universitas eintreten sollen, so bei dem Nießbrauch an einem Vermögen, an einer Herde (I. 2, 1, 38).

Heute ist man sich einig, daß sowohl das Gesamtvermögen als auch gewisse Sondervermögen in einzelnen Beziehungen als Gesamtheit in den Rechtsverkehr eintreten ABGB. (§§ 1202, 1203, HGB. Art. 122 und EinfGes. z. HGB. §§ 30 und 31, KO. §§ 199—201, 238—240), daß aber diese Fälle nicht gemeinschaftlichen, dem Begriffe der universitas iuris entspringenden, sondern besonderen Grundsätzen unterliegen, die sich aus der Natur jedes einzelnen dieser Rechtsverhältnisse ergeben.

### g. Hauptsache und Nebensache.

Unter d, e, f ist im vorstehenden die Vereinigung mehrerer Sachen unter dem Gesichtspunkte der Gleichwertigkeit (Koordination) besprochen. Sie kann aber auch unter dem der Unterordnung (Subordination) erfolgen, dergestalt, daß in der Verbindung die eine Sache als Hauptsache, die andere als Nebensache erscheint. In

den Quellen wird mit dem Ausdruck accessio eine Reihe verschiedenartiger Rechtsbeziehungen bezeichnet, die nur das eine Gemeinsame haben, daß ein Unterordnungsverhältnis stattfindet. Hierzu gehören Pertinenzen (unten 1) und Früchte (unten 2), ferner der partus ancillae und der Schatz (unten § 126 b) im Verhältnisse zur Hauptsache, gewisse natürliche Grundstücksvermehrungen (alluvio, avulsio, alveus derelictus, insula in flumine nata, unten § 123 a 1) im Verhältnisse zum Hauptgrundstücke, gewisse Nebenrechte (sog. akzessorische Rechte: Zinsen, Pfand, Bürgschaft) im Verhältnisse zum Hauptrechte.

Die Einteilung in Hauptsache und Nebensache hat keine praktische Bedeutung; denn die vorstehend als Nebensachen oder Nebenrechte aufgeführten Gegenstände unterstehen als solche nicht in einem Maße gemeinsamen Rechtsregeln, das ihre Zusammenfassung zu einem einheitlichen Begriffe rechtfertigen könnte. Der einzige für alle diese Verhältnisse zutreffende Satz ist bestenfalls der Grundsatz „accessio cedit principali", d. h. die Nebensache oder das Nebenrecht teilt das rechtliche Schicksal der Hauptsache oder des Hauptrechts. Aber auch dieser Satz hat bei den einzelnen Rechtsgebilden eine ganz verschiedene Bedeutung.

An dieser Stelle ist nur das Verhältnis des Zubehörs und der Früchte zur Hauptsache zu erörtern.

### 1. Zubehör.

#### α. Begriff.

Zubehör oder Pertinenz (die Römer sagen mangels eines technischen Ausdrucks quasi pars, res fundi usw.) sind nach rR. selbständige Sachen, die nach der Verkehrsanschauung dem wirtschaftlichen Zweck einer anderen Sache (der Hauptsache) zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen. Begriffsmerkmale der Pertinenz sind hiernach nach rR.[9]):

[9]) Vgl. ABGB §§ 294—297. Das ABGB. (§ 294) versteht unter „Zubehör" sowohl die Pertinenz („Nebensachen") als die Akzession

a. Selbständigkeit der dienenden Sache. Dadurch unterscheidet sich das Pertinenzstück vom Bestandteil; der Brillant ist Bestandteil, das Futteral Zubehör des Ringes.

b. Wirtschaftliche Abhängigkeit von einer anderen Sache. Dieses Subordinationsverhältnis gibt das Unterscheidungsmerkmal zur Sachgesamtheit. Aus diesem Begriffsmerkmal ergibt sich ferner, daß die Verbindung nicht nur beabsichtigt, sondern bereits hergestellt sein muß (keine Pertinenzqualität angefahrener, aber noch nicht verwendeter Rebpfähle oder Baumaterialien, D. 19, 1, 17, 11 und 18, 1), und zwar als dauernde (perpetui usus causa, D. 19, 1, 17, 7). Eine nur vorübergehende (Errichtung von Buden für ein Schützenfest) oder den persönlichen Bedürfnissen des jeweiligen Besitzers der Hauptsache dienende Verbindung (Sattelzeug eines Pferdes) begründet also nicht die Zubehöreigenschaft. Eine nur vorübergehende Trennung hebt anderseits die Pertinenzqualität nicht auf[10]).

c. Ein den beiden vorgenannten Erfordernissen entsprechender Gegenstand ist endlich nur Zubehör, wenn dies der Verkehrsanschauung entspricht. Diese ist in fortwährendem Wechsel begriffen und von gewerblichen, örtlichen, klimatischen Einflüssen abhängig. Daher stimmen die in

---

(„Zuwachs"). Der Begriff des Zubehörs ist nicht auf bewegliche Sachen beschränkt; auch eine unbewegliche Sache kann Pertinenz sein (z.B. ein Hof Pertinenz des Hauses). Für das Gemeine Recht war es streitig, ob auch unbewegliche Sachen Zubehör sein können (vgl. D. 32, 91, 5). Pertinenzen haben, können natürlich nach allen Rechten sowohl bewegliche als unbewegliche Sachen.

Streitig war ferner nach Gemeinem Recht, ob Rechte Zubehör sein und Zubehör haben können (vgl. D. 8, 5, 20, 1). Nach ABGB. können nur körperliche Sachen (§ 292) im Verhältnisse von Hauptsache und Zubehör zueinander stehen (vgl. Krainz I § 94 S. 242).

[10]) Nicht erforderlich ist eine äußerliche Verbindung, es genügt die Herstellung eines räumlichen Verhältnisses. Zahlreiche freibewegliche Sachen sind Zubehörstücke anderer (Hausschlüssel, Vorsatzfenster, Feuereimer, Ackerwagen, die „ruta [et] caesa" des rR., D. 18, 1, 66, 2; 19, 1, 17, 6). Die früher aufgestellte Vermutung, nach welcher als Zubehör eines Grundstücks alles gelten solle, was „erd-, wand-, band-, mauer-, niet- und nagelfest" ist, ist auch in das ABGB. (§ 297) übergegangen.

den römischen Quellen gegebenen Entscheidungen (zB. D. 19, 1, 17) mit den heutigen Anschauungen nicht überein. So sollen zB. Schiffsboote nicht Zubehör des Schiffes (nam scapham ipsam per se parvam naviculam esse, D. 21, 2, 44), das Gutsinventar (instrumentum fundi, fundus instructus) nicht Zubehör des Landguts sein (D. 33, 7, 1; 33, 10, 14), während heute ABGB. § 296 ausdrücklich das Gegenteil bestimmt.

*β. Rechtliche Bedeutung.*

Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung, ob eine mit einer anderen Sache in Verbindung stehende Sache mit ihr eine Sachgesamtheit bildet, oder ihr Bestandteil oder ihr Zubehörstück ist, wird durch den Grundsatz zum Ausdrucke gebracht: bei der Sachgesamtheit hat jede Sache ihr eigenes Rechtsschicksal (S. 205), Bestandteile teilen notwendig das Rechtsschicksal der Sache (S. 204), Zubehörstücke folgen nur vermutlich dem Rechtsschicksale der Hauptsache. Insbesondere ist ein Rechtsgeschäft (Veräußerung, Verpfändung) über einen Bestandteil — wenn es nicht unter der Voraussetzung seiner Verselbständigung (zB. Loslösung eines Diamanten aus einem Diadem) erfolgt — unzulässig, ein Rechtsgeschäft über ein Zubehörstück zulässig. Wird ein Rechtsgeschäft umgekehrt über eine Sache abgeschlossen, so gilt es notwendig als über alle ihre Bestandteile geschlossen (es kann also nicht ein Diadem verpfändet werden mit der Abrede, daß bestimmte Steine nicht haften sollen); wohl aber ist ein Rechtsgeschäft nur über die Hauptsache ohne deren Zubehörstücke zulässig, wenngleich „im Zweifel", also mangels ersichtlicher anderweiter Absicht der Beteiligten das Gegenteil gelten muß[11]).

---

[11]) Das ABGB. hat den Grundsatz der Teilnahme der Pertinenz am Schicksale der Hauptsache insofern anerkannt, als auch die beweglichen Zubehörstücke einer Liegenschaft (vgl. ABGB. §§ 295, 296) in vielen Beziehungen wie unbewegliche Sachen behandelt werden, so daß zB. mit der Übergabe der Liegenschaft auch das Eigentum dieser Zubehörsstücke erworben wird, und dieselben mit der Liegenschaft der hypothekarischen Haftung unterliegen, infolgedessen das Zubehör einer

## 2. Substanz und Frucht.

### a. Begriff.

Frucht ist der wirtschaftliche Vorteil, der aus einem Vermögensstücke (Substanz, res, bei Forderungen: Kapital, sors) seiner Bestimmung gemäß gewonnen wird. Hieraus ergeben sich als Begriffsmerkmale:

a. Frucht ist der aus einem Gegenstande (Sache oder Recht) gezogene Vorteil. Das bedeutet:

Frucht ist der Ertrag (reditus) eines Vermögensstücks[12]), somit nur, was bei Fortbestehen des letzteren (salva substantia), also dauernd aus diesem gewonnen wird[13]). Dazu gehören in erster Linie die natürlichen Erzeugnisse einer fruchttragenden Sache (gemeinrechtlich sog. fructus naturales, mit den Unterarten der fructus mere naturales, zB. Waldbeeren, Pilze, Tierjunge, und der fructus industriales, durch menschliche Arbeit hervorgebrachte, zB. Getreide). Ein fruchttragender Gegenstand kann aber nicht nur durch unmittelbare Gewinnung seiner

---

Liegenschaft auch nur mit dieser selbst in Exekution gezogen werden kann (vgl. ABGB. §§ 1047, 1061, 457, EO. 140, 144, 252 u. 349).

[12]) Danach ist der Gebrauch einer Sache oder eines Rechts keine Frucht; er bildet aber gleich den Früchten einen wirtschaftlichen Vorteil. Die Früchte eines Vermögensstücks und die Vorteile, die sein Gebrauch gewährt, sind im ABGB. (§§ 330, 1050, 1064, 1068, 1085) unter dem Begriffe Nutzungen zusammengefaßt.

[13]) Somit ist das Fleisch keine Frucht des geschlachteten Tiers, das Holz keine Frucht des gefällten Baums. Demnach müßte auch die Ausbeute eines Kohlenbergwerks, Steinbruchs, Torfstichs usw. keine Frucht sein, denn durch den Abbau wird die Substanz stetig vermindert und allmählich aufgezehrt. Tatsächlich geht die (wegen des angeblich möglichen Nachwachsens des Marmors merkwürdige) l. 7 § 13 D. 24, 3 von dieser Anschauung aus: nec in fructu est marmor, nisi tale sit, ut ibi renascatur. Dagegen heißt es in l. 77 D. 50, 16: Frugem pro reditu appellari, non solum [quod] frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur. Der letzteren Anschauung, die wegen der regelmäßig kaum zu merkenden Verminderung die Ausbeute für Frucht erklärt, folgt mit der herrschenden Meinung des Gem. R. auch das ABGB. Denn nach § 511 gelten als Früchte die ordentliche Ausbeute von Bergwerksanteilen und das forstmäßig geschlagene Holz.

Erzeugnisse, sondern auch mittelbar dadurch einen Ertrag liefern, daß seine Früchte einem Anderen zur Gewinnung überlassen werden, der dafür an den Fruchtberechtigten einen Entgelt gewährt. Dann ist dieser von dem Gegenstande vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährte Ertrag im weiteren Sinn ebenfalls Frucht (gemeinr. sog. fructus civiles, die Quellen sagen: „vicem fructuum obtinent", „pro fructu", D. 22, 1, 34 und 36). Manche Gegenstände können sowohl fructus naturales wie civiles liefern, so ein Obstgarten (durch Einerntung der Früchte oder durch Verpachtung), andere nur fructus civiles (zB. ein Kapital durch Ausleihen gegen Zinsen).

b. Frucht ist nur der aus einem Vermögensstücke bestimmungsgemäß erlangte Vorteil (id, cuius causa res comparatur). Dazu zählten die Römer die Tierjungen, nicht aber den partus ancillae (quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant, D. 5, 3, 27, pr.) und von den Früchten nur die im Wege einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erworbenen, also zB. bei einem Walde die schlagbaren Bäume (silva caedua), nicht aber den Windbruch (D. 24, 3, 7, 12; ABGB. §§ 511, 513).

β. Rechtliche Bedeutung.

Die Bedeutung der Frage, welche Erträgnisse eines Vermögensstücks als Früchte zu kennzeichnen sind, zeigt sich vor allem dann, wenn das Recht auf die Substanz von dem Rechte auf deren Erträgnisse getrennt ist, zB. wenn jemand an der Sache eines Anderen auf Grund eines Nießbrauchs oder antichretischen Pfandrechts, als Ehemann oder Hausvater den Fruchtbezug hat. Es fragt sich alsdann, welche Vorteile dem Eigentümer und welche dem Nutzungsberechtigten zustehen. Hierbei kommt es vielfach auf den Entwicklungsabschnitt an, in dem sich die Früchte befinden, und es werden üblicherweise bezeichnet als:

a. fructus stantes et pendentes diejenigen (natürlichen) Früchte, die mit dem Stamme noch zusammenhängen,

b. fructus separati die vom Stamme getrennten,

c. fructus percepti die in die Innehabung des Fruchtziehers gelangten,

d. fructus percipiendi (in den Quellen fructus, qui percipi potuerunt) die gewinnbaren, d. h. diejenigen, welche jemand hätte ziehen können, aber zu ziehen versäumt hat,

e. fructus consumti die vom Fruchtzieher in Besitz genommenen, aber verbrauchten oder veräußerten,

f. fructus exstantes die bei ihm noch vorhandenen Früchte.

Diese Unterscheidungen werden insbesondere dann bedeutungsvoll, wenn die Berechtigung zum Fruchtbezuge sich ändert, zB. das Nießbrauchsrecht erlischt und an den Eigentümer der Fruchtsache zurückfällt oder wenn ein Nichtberechtigter Früchte bezogen hat. Es fragt sich dann, was er behalten darf und was er herausgeben muß. Dies richtet sich nach der Natur des einzelnen Rechtsverhältnisses (vgl. zB. über die Auseinandersetzung zwischen Eigentümer und Besitzer unten § 127 d 2). Allgemein zu entscheiden ist nur, von welchem Augenblick ab ein Erträgnis als Frucht zu betrachten ist und wie lange es noch Substanzteil ist, zB. wenn das Fruchtbezugsrecht an einem Obstgarten kurz vor der Aberntung, das Zinsrecht kurz vor dem Fälligkeitstage der Zinsen endet. Hierbei gilt nach rR. für die fructus stantes et pendentes das Substantialprinzip: die Erzeugnisse sind bis zur Trennung Substanzteile, und als solche (S. 205) selbständiger dinglicher Rechtsschicksale unfähig. Werden sie veräußert (D. 18, 1, 8) oder verpfändet (D. 20, 1, 15, pr.), so treten die Grundsätze über den Verkauf (§ 85 a 1 δ) oder die Verpfändung (§ 140 a) künftiger Sachen ein und der Berechtigte erhält zunächst kein dingliches, sondern nur ein persönliches Recht gegen die Vertragsgegner. Erst mit der Trennung werden die Erzeugnisse selbständige Sachen, erst von dann an sind also besondere dingliche Rechte an ihnen möglich und sie fallen demjenigen zu, der im Augenblicke der Trennung das Fruchtziehungsrecht hat. Das deutsche Recht dagegen beruht auf dem Produktionsprinzip: die hängenden und stehenden

Früchte gebühren schon von ihrem Hervortreten an dem zu dieser Zeit Nutzungsberechtigten („Wer säet, der mähet", „Hat die Egge das Land bestrichen, so ist die Saat verdient"), und schon von diesem Augenblick an sind selbständige dingliche Rechte an ihnen möglich (Verkauf und Verpfändung der „Früchte auf dem Halm").[14])

## § 39. Rechtserhebliche Eigenschaften der Sachen.

### a. Verkehrsfähigkeit.

Die Gegenstände (Sachen und Rechte) haben die Bestimmung, der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse zu dienen. Sie erfüllen diese Bestimmung regelmäßig[1]) einem gewissen Rechtssubjekte gegenüber, unter dessen Sonderherrschaft (patrimonium, I. 2, 1, pr.) sie treten. Sie sind ferner in der Regel befähigt, Objekte des Güteraustausches zu werden. Ihnen wohnt also grundsätzlich inne die (objektive) Rechtsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, Gegenstand subjektiver Rechte zu sein, und die Verkehrsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit Gegenstand des Güterverkehrs zu werden. Bestimmten Gegenständen ist nun aber die Rechts- und Verkehrsfähigkeit und damit die Eigenschaft, wirtschaftliche Güter zu sein, in höherem oder geringerem Maß entzogen (res quarum commercium non est, I. 2, 20, 4, daher: res extra

[14]) Ändert sich also im Juni das Fruchtbezugsrecht an einem Getreidefelde, so konnte nach deutschem Rechte der Fruchtberechtigte die Früchte noch einernten, während er sie nach rR. dem Eigentümer oder dem an seine Stelle tretenden Fruchtberechtigten überlassen mußte. Das ABGB. folgt für die natürlichen Früchte dem rR. (ABGB. § 519), doch müssen dem früheren Fruchtnießer die auf deren Erzielung verwendeten Kosten ersetzt werden. Für die Civilfrüchte (§§ 519, 643) entscheidet die Dauer der Berechtigung (vgl. zB. ABGB. § 1100).

[1]) Gegenstände, die ohne Beziehung zu einem Berechtigten sind, heißen res nullius, im engeren Sinn aber nur solche, die obgleich der Rechts- und Verkehrsfähigkeit teilhaftig, in derartige Beziehungen noch nicht eingetreten sind (okkupationsfähige, aber noch nicht okkupierte Gegenstände, zB. Wild, Fische) oder solche Gegenstände, welche die bisherigen Rechtsbeziehungen ohne Begründung neuer eingebüßt haben (derelinquierte Gegenstände); vgl. unten § 125.

commercium). Diese Rechts- und Verkehrsunfähigkeit der Gegenstände kann beruhen: auf ihrer Natur oder auf ihrer Zweckbestimmung oder auf Rechtssatz.

1. Von Natur rechts- und daher völlig verkehrsunfähig sind die von der Natur zum allgemeinen Gebrauche bestimmten Sachen (res naturali iure omnium communes), nämlich nach römischer und moderner Auffassung (D. 1, 8, 2, 1): aer (die atmosphärische Luft), aqua profluens (die fließende Wasserwelle) et mare et per hoc litora maris (das Meer und seine Gestade und zwar letztere „quatenus hibernus fluctus maximus excurrit", I. 2, 1, 3, vgl. D. 50, 16, 96). Durch Ausscheidung können jedoch bestimmte Teile in das Privateigentum treten; vgl. zB. über das Bauen am Gestade: D. 1, 8, 6, pr.; 41, 1, 14, pr.; 43, 8, 4.

Kein Gegenstand des Rechtsverkehrs ist ferner der freie Mensch (I. 3, 19, 2; D. 18, 1, 6, pr. und 45, 1, 83, 5), auch nicht sein Körper (D. 9, 2, 13, pr.: dominus membrorum suorum nemo videtur).

2. Kraft Zweckbestimmung sind nach rR. verkehrsunfähig:

α. die res divini iuris (S. 202, D. 1, 8, 1, pr.), nämlich die (den diis superis gewidmeten) res sacrae (Tempel, Altäre) und die (den diis manibus geweihten) res religiosae (Begräbnisplätze, soweit sie mit Leichen belegt sind); sie können nicht einmal unter der Bedingung des Aufhörens ihrer Bestimmung in den Rechtsverkehr gezogen werden (nec enim fas est, eius modi casus expectare, D. 18, 1, 34, 2);[2]) die Verletzung der res divini iuris wird als sacrilegium bestraft;

β. die res publicae, d. h. die der res publica Romana, später auch den sonstigen politischen Verbänden gehörenden Gegenstände, von denen aber seit der Kaiserzeit

[2]) Nach österr. Rechte genießen die res divini iuris eine beschränkte Verkehrsfähigkeit (vgl. Unger, System des Privatrechtes I, S. 368, Krainz, System § 84).

nur die Sachen im Gemeingebrauch (res publicae, publico usui destinatae), zB. öffentliche Wege und Flüsse[3]), Theater und Hallen dem Verkehr entzogen sind, nicht aber das den Begriff des Fiskus ausmachende nutzbare Staatsvermögen (res quae in pecunia populi sunt, Waldungen, Bergwerke, Grundstücke), dem in den kleinen politischen Verbänden (Städten, Gemeinden) das Kämmereigut entspricht.

Die dem Gemeingebrauch unterworfenen Sachen waren in Rom gegen Beeinträchtigung dieses Gebrauchs durch verschiedene Rechtsbehelfe (regelmäßig Interdikte) geschützt, die meist Popularklagen, d. h. von jedem Bürger anstellbar waren; vgl. D. 43, 7—15, zB. 43, 8 (interdictum) Ne quid in loco publico vel itinere fiat. Der in seinem Recht auf den Gemeingebrauch Gestörte hatte außerdem die

---

[3]) Dagegen stehen private Wege und Wasserläufe wie sonstige Sachen im Verkehr. Das hiernach bedeutsame Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlichen und privaten Wegen und Wasserläufen findet das rR.:

a. hinsichtlich der Wege darin, ob der Grund und Boden dem Staat oder einem Privatmanne gehört (D. 43, 8, 2, 21), während das moderne Recht danach unterscheidet, ob ein Weg dem öffentlichen Gebrauche oder dem ausschließlichen Gebrauche bestimmter Berechtigter dient;

b. hinsichtlich der Gewässer darin, ob sie ständig Wasser haben (öffentlich ist ein flumen quod perenne est, D. 43, 12, 1, 3) oder nicht (flumina torrentia), während das der deutschen Anschauung folgende moderne Recht weniger auf die — für Italien besonders wichtige — Verwendung eines Wasserlaufs für Bewässerungszwecke, sondern darauf sieht, ob er als Verkehrsweg verwendbar ist. Als öffentlich gelten also nur die schiff- und flößbaren Flüsse.

Unter den öffentlichen Wegen unterscheidet das rR. die Heerstraßen (viae militares exitum ad mare aut in urbes aut in flumina publica aut ad aliam viam militarem habent, D. 43, 7, 3, 1), also die großen Durchgangsstraßen (im Sachsenspiegel „Königsstraßen"), und die viae vicinales, die bloßen Verbindungswege zwischen benachbarten Gemeinden.

Für die öffentlichen Flüsse gelten noch besondere Grundsätze hinsichtlich der Veränderungen in und am Flußbette (alluvio, avulsio, alveus derelictus, insula in flumine nata, unten § 123 a 1 γ).

actio iniuriarum (unten § 114 b 4). Heute wird hierfür durch die Polizei gesorgt (vgl. StGB. § 422).

3. Kraft Gesetzes sind in der Verkehrsfähigkeit zB. beschränkt: die res furtivae et vi possessae (sie sind unersitzbar, unten § 122 c 1); die res und actiones litigiosae (sie sind während der Rechtshängigkeit unveräußerlich, unten § 61[10]); Gifte und verbotene Bücher (mala medicamenta et venena, libri improbatae lectionis, magici forte, D. 10, 2, 4, 1; sie sind vom Rechtsverkehr ausgeschlossen).

b. Beweglichkeit.

1. Eine (körperliche) Sache ist beweglich (Mobilie), wenn sie ohne Änderung ihres Wesens einem Ortswechsel unterworfen werden kann, unbeweglich (Immobilie), wenn dies nicht möglich ist.

Unbeweglich sind vor allem die Grundstücke (fundi, praedia) und was mit ihnen dauernd verbunden ist (solum et res soli; superficies — d. h. das Gebäude — solo cedit). Sie werden einschließlich des Luftraums über und des Erdreichs unter der Grundstücksfläche von den Römern nach ihrer wirtschaftlichen Bestimmung (nicht nach ihrer Lage, D. 50, 16, 198) geschieden in: praedia urbana, Gebäudegrundstücke (zB. auch eine Villa in einem Dorfe), rustica (ländliche Grundstücke, zB. auch ein in der Stadt belegener Obstgarten), suburbana, zur Landwirtschaft benutzte, aber in der Nähe einer Stadt belegene Grundstücke. Ein Hausgrundstück in der Stadt heißt aedes, auf dem Lande villa, ein unbebautes Grundstück dort area, hier ager (D. 50, 16, 211). Diese Unterscheidungen sind besonders in der Servitutenlehre von Bedeutung (unten § 133 b).[4]) Über

[4]) Für das ABGB. hat rechtliche Bedeutung die Sonderung der Grundstücke in Gebäude oder städtische Grundstücke (zB. ABGB. §§ 297, 387, 475, 476; vgl. auch EO. § 151) und ländliche Grundstücke (zB. ABGB. §§ 295, 477; vgl. auch EO. § 151). Außerdem ist in bezug auf den Gerichtsstand, das Grundbuch und das politische Wahlrecht die Unterscheidung von landtäflichen und nichtlandtäflichen Gütern (ABGB. § 321), erheblich (vgl. JN. §§ 105, 110, 117, 118; EO. § 19).

die Unterscheidung der praedia in solo Italico und der praedia provincialia sowie das hiermit zusammenhängende ius Italicum vgl. S. 78[3]), über die Bedeutung der Scheidung in agri limitati und agri arcifinii S. 76[1]) und unten § 123 a 1.

Unter den Mobilien werden die Moventien (res sese moventes) unterschieden, nämlich die Sklaven und die (wilden, zahmen, gezähmten) Tiere (vgl. D. 50, 16, 93).

2. Die rechtliche Bedeutung der Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zeigte sich im rR. zB. beim Besitzschutz (interdictum utrubi für bewegliche, uti possidetis für unbewegliche Sachen, unten § 116 c 1 α; interdictum unde vi, § 116 c 2 α, und quod vi aut clam, § 119 b 3 β, nur für unbewegliche Sachen), bei der Ersitzungszeit (3 Jahre für bewegliche, 10 und 20 Jahre für unbewegliche Sachen, unten § 122 c 5), in Verfügungsbeschränkungen (nach der lex Iulia de fundo dotali kann der Ehemann Mitgiftgrundstücke nur mit Genehmigung der Frau, nach der oratio Severi der Vormund Mündelgrundstücke nur mit vormundschaftsgerichtlicher Erlaubnis veräußern). Immerhin hatte diese Unterscheidung bei weitem nicht die Bedeutung, die ihr im deutschen und dem ihm folgenden modernen Rechte zukam. Insbesondere erfolgte Veräußerung und Belastung bei Immobilien genau so wie bei Mobilien, während nach deutschem und heutigem Rechte durchgreifende Unterschiede bestehen; vgl. unten § 120[1].

c. Vertretbarkeit.

1. Körperliche Sachen können entweder als individuell bestimmte (species, der Hengst Pluto) oder als nur nach den Gattungsmerkmalen bestimmt (genus, ein dreijähriger Rapphengst) Gegenstand des Rechtsverkehrs werden. Sachen, die im Rechtsverkehr regelmäßig nur der Gattung nach in Betracht kommen, bei denen deshalb jede Sache der Gattung jeder anderen Sache der Gattung gleichwertig ist, von ihr also vertreten werden kann, nennt man heute vertretbare Sachen[5]).

[5]) Der Ausdruck res fungibiles, dessen Übersetzung der zuerst von Zachariä gebrauchte Ausdruck „vertretbare Sachen" bildet,

Die Quellen sprechen — da die vertretbaren Sachen, im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen — von „res quae pondere, numero mensurave constant" (I. 3, 14, pr.).

Die wichtigste vertretbare Sache ist das Geld (pecunia von pecus, S. 57[5]). Wie in der berühmten l. 1 D. 18, 1 ausgeführt ist[6]), beruht der älteste Geschäftsverkehr ausschließlich auf Tausch, d. h. der Hingabe eines wirtschaft-

---

ist von Ulrich Zasius (1556) aufgebracht worden, in Anlehnung an D. 12, 1, 2, 1: res quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem [magis] quam specie, d. h. Sachen, die bei der Erfüllung nur ihrer Gattung nach Bedeutung haben. Vertretbare und Gattungssachen sind jedoch miteinander nicht zu verwechseln. Die Vertretbarkeit ist eine durch die Verkehrsauffassung einer Sache beigelegte allgemeine Eigenschaft, die Behandlung einer Sache als species oder genus (unten § 65 b) beruht auf dem Willen der Parteien in einem bestimmten Falle. Regelmäßig kommen zwar vertretbare Sachen nur ihrer Gattung nach und unvertretbare nur als species vor. Es kann aber zB. sehr wohl eine an sich vertretbare Sache als species zum Geschäftsgegenstande gemacht werden (vgl. D. 35, 2, 30, 4: pecuniam, quam in illa arca, vinum quod in illis doliis, pondus argenti, quod in illis horreis habeo) und umgekehrt eine an sich unvertretbare Sache bei einem Rechtsgeschäfte nur ihrer Gattung nach in Betracht kommen (zB. ein Sklave, D. 23, 3, 18). Über die Behandlung von Geld als species vgl. auch unten § 65 b 3.

Im ABGB. ist nur von Verbrauchbarkeit (S. 223), nicht von Vertretbarkeit die Rede, obwohl in zahlreichen Fällen augenscheinlich nur die Vertretbarkeit oder Unvertretbarkeit in Frage kommt (zB. ABGB. §§ 971, 983, 1227).

[6]) Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque (wie beim Tausch), sed alterum pretium vocatur (Kauf).

lichen Guts gegen Empfang eines anderen zwecks Befriedigung der gegenseitigen Lebensbedürfnisse der beteiligten Personen. Mit der Verfeinerung und Erhöhung der Bedürfnisse konnte der ein bestimmtes Gut Verlangende nicht immer eine Person finden, die einerseits ihm dies zu gewähren imstande war, anderseits für das von ihm abzugebende Gut Verwendung hatte. Der Verkehr hat diese Schwierigkeit allmählich dadurch überwunden, daß er einen durch leichte Umsatzfähigkeit und allgemeine Verwendbarkeit ausgezeichneten Stoff als allgemeines Tauschmittel anerkannte. Dieses nach der Verkehrsauffassung allgemein geltende Tauschmittel heißt Geld im weiteren Sinne. Steht ein Gut jedoch als allgemeines Tauschmittel fest, so ist dies für den Verkehr noch nach zwei anderen Richtungen hin wichtig. Einmal kann an ihm der Vermögenswert (S. 225) aller übrigen Güter abgemessen werden: das Geld ist „allgemeiner Wertmesser"; und ferner können diejenigen Verpflichtungen, die den Schuldner nicht zur Hingabe eines bestimmten Gegenstands, sondern eines abstrakten Vermögenswerts nötigen (Wertschulden: Kauf, Miete, Darlehen, unerlaubte Handlungen), durch Zahlung, d. h. Hingabe von Geld, erfüllt werden: das Geld ist „allgemeines Zahlungsmittel" (D. 40, 7. 9, 2: ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt).

Für das Recht erlangt ein vom Verkehr als allgemeines Tauschmittel aufgenommener Stoff seine Bedeutung als Wertmesser und Zahlungsmittel freilich erst dadurch, daß ihm durch Rechtssatz diese Eigenschaften beigelegt sind. Geld im engeren Sinn oder Staatsgeld ist derjenige Stoff, der durch Rechtssatz zur Währung erhoben ist, mit der Wirkung, daß alle Vermögenswerte durch Quantitäten dieses Stoffs ausgedrückt werden können und der Schuldner einer Wertschuld sich von dieser durch Hingabe solcher Quantitäten (tantundem pecuniae: D. 46, 3, 80) befreien kann. Neben diesem gesetzlichen Gelde kann der Verkehr noch andere Stoffe als Wertmesser und Zahlungsmittel anerkennen; es ist aber niemand verpflichtet, solches „usuelles" Geld zu geben oder zu nehmen.

Währung ist hiernach der vom Recht als allgemeines Zahlungsmittel anerkannte Stoff, meist ein Metall (Kupfer-, Silber-, Goldwährung) oder mehrere Metalle, die vom Gesetz entweder zueinander in ein Wertverhältnis gestellt sind (besonders Gold und Silber, Doppelwährung, Bimetallismus) oder selbständig nebeneinander stehen (Parallelwährung).[7])

---

[7]) Wie S. 55[1]) dargelegt, galt in Rom ursprünglich Kupferwährung, und zwar wurde das aes nicht zugezählt, sondern zugewogen (daher die „negotia per aes et libram", S. 146). Erst später erschienen Silber- und Goldmünzen. Das Mittelalter und die neuere Zeit bis in das 19. Jahrhundert wird von der Silberwährung beherrscht. Der österreichischen Münzverfassung, welche vor allem auf dem Gesetze vom 2. August 1892, RGB. Nr. 126, beruht, liegt die Goldwährung zugrunde, deren Rechnungseinheit die Krone ist.

Die Kronenwährung ist zufolge Verordnung vom 21. September 1899, RGB. Nr. 176, vom 1. Januar 1900 angefangen als ausschließliche Landeswährung an Stelle der bisherigen österreichischen Währung getreten. — Münzen der Kronenwährung werden ausgeprägt: 1. Goldmünzen und zwar 20- und 10-Kronenstücke; 2. Silbermünzen und zwar 5- und 1-Kronenstücke; 3. Nickelmünzen und zwar 20- und 10-Hellerstücke; 4. Bronzemünzen und zwar 2- und 1-Hellerstücke.

An Stelle der Münzen der Kronenwährung sind die 1-Guldenstücke der österreichischen Währung, insolange dieselben nicht gesetzlich außer Verkehr gesetzt werden, bei allen Zahlungen unbeschränkt anzunehmen; hierbei ist das 1-Guldenstück gleich 2 Kronen zu rechnen. —

Den Dukaten, den Goldstücken zu 8 und 4 Gulden und den Levantiner Talern, welche nur als Handelsmünzen ausgeprägt werden, kommt gesetzliche Zahlkraft an Stelle der Münzen der Kronenwährung nicht zu. Im Privatverkehr ist niemand verpflichtet, 1-Kronenstücke im Betrage von mehr als fünfzig Kronen, Nickelmünzen im Betrage von mehr als zehn und Bronzemünzen im Betrage von mehr als einer Krone in Zahlung zu nehmen.

Neben dem Metallgeld ist in Österreich auch noch Papiergeld mit Zwangskurs in Umlauf, und zwar sind dies die Noten der österreichisch-ungarischen Bank (Art. 111 der Bankstatuten vom Jahre 1899, RGB. Nr. 176) 10, 20, 50, 100 und 1000 Kronen und zu 100 Gulden = 200, sowie zu 1000 fl. = 2000 Kronen.

Die früher ausgegebenen Staatsnoten zu 1, 5 und 50 Gulden sind nicht mehr in Zirkulation, die zu 5 und 50 fl. werden jedoch noch bis 31. August 1907 von der österreich-ungarischen Bank sowie beim Landespostamt in Zara als Zahlung bezw. zur Umwechslung angenommen. —

2. Die Fungibilien sind wegen ihrer stets möglichen Ersetzbarkeit durch andere Mittel (tantundem eiusdem generis est idem) die gegebenen Gegenstände des großen Handelsverkehrs. Sie haben daher insbesondere im modernen Recht eine, sie hierzu besonders befähigende rechtliche Behandlung erfahren, indem sie nach CPO. § 548 bezw. Gesetz vom 27. April 1873, RGB. 67 § 1, allein Gegenstand des Mandatsverfahrens oder einer vollstreckbaren Urkunde sein können. Aber auch schon nach rR. hatte die Vertretbarkeit rechtliche Bedeutung, insofern nur Fungibilien Gegenstand eines Darlehns (unten § 93 a) sowie eines depositum irregulare (unten § 100 c 1) sein können.

d. Verbrauchbarkeit.

1. Verbrauchbare Sachen (Konsumtibilien) sind bewegliche Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht (res quae usu consumuntur vel minuuntur, Nahrungsmittel, Streichhölzer; I. 2, 4, 2 zählt auch Kleider hierher, was aber unrichtig ist, da ihr Verbrauch eine zufällige, nicht die bestimmungsfähige Folge ihres Gebrauchs ist). Verbrauchbare Sachen sind meist, aber nicht immer auch vertretbar (so zB. nicht der Wein eines bestimmten Fasses). In D. 7, 5, 5, 1 wird das Geld, da vom Standpunkte des Besitzers aus die Verausgabung dem Verbrauche gleichkommt, den verbrauchbaren Sachen gleichgestellt (vgl. I. 2, 4, 2; vgl. auch ABGB. §§ 510, 658.)

2. Auch die Verbrauchbarkeit ist eine, eine besondere rechtliche Behandlung herbeiführende Eigenschaft gewisser Sachen. Da bei ihnen der Gebrauch im Verbrauch besteht, sind Verbrauchsgeschäfte (Leihe, Nießbrauch) nur in der Weise möglich, daß der Gebrauchsberechtigte statt der gebrauchten und damit verbrauchten Sachen gleichartige zurückgewährt (quasi usufructus, unten § 134 a).

e. Teilbarkeit.

1. Im natürlichen Sinne teilbar, d. h. in Abschnitte zerlegbar, sind alle Sachen. Das Recht behandelt dagegen nur diejenigen körperlichen Sachen als teilbar (res dividuae),

die ohne Zerstörung ihres Wesens und ohne Verminderung ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, insbesondere auch ihres Wertes (D. 30, 26, 2) in solche Teile zerlegt werden können, von denen jeder alle wesentlichen Gattungseigenschaften der ungeteilten Sache aufweist. Daher sind lebende Tiere, Diamanten, Kleidungsstücke nicht teilbar, wohl aber Tierkadaver, Kohlenblöcke, Tuche. Grundstücke sind immer und in beliebigen Abschnitten (certus locus ex fundo, D. 41, 2, 26), bewegliche Sachen insoweit teilbar, als sie im Verkehre nach Maß, Zahl oder Gewicht in Betracht kommen (D. 45, 1, 54, pr.); Gebäudegrundstücke können jedoch nur senkrecht, nicht wagerecht geteilt werden (kein besonderes Stockwerkeigentum, wegen des Grundsatzes „superficies solo cedit"; vgl. das Ges. vom 30. März 1879, RGB. Nr. 50). Sachgesamtheiten sind bisweilen teilbar (eine Herde), bisweilen unteilbar (ein zusammenpassendes Viergespann).

Die Teilung wird vollzogen: bei Grundstücken durch Grenzziehung (D. 8, 4, 6, 1, heute durch Vermerk im Kataster, S. 88[4]), unter entsprechender Berichtigung des Grundbuchs, unten § 120[1]), bei beweglichen Sachen durch räumliche Trennung; ob bewegliche Sachen durch bloße Grenzziehung geteilt werden können, ist streitig (vgl. D. 6, 1, 8; 8, 2, 36; 17, 2, 83). Über die Teilbarkeit der Grenzmauern und Grenzbäume vgl. unten § 119 b 9 β.

2. Nach vollzogener Teilung ist jeder Teil eine selbständige Sache. Wenn die Quellen trotzdem von partes pro diviso sprechen (D. 50, 16, 25, 1), so geschieht dies einerseits zur Hervorhebung der bisherigen Zusammengehörigkeit, besonders bei den nur durch Grenzziehung teilbaren Grundstücken, anderseits im Gegensatze zu den partes pro indiviso. Hierunter versteht man eine nicht wirklich vollzogene, sondern bloß gedachte, „ideelle" Teilung von Rechten an einer Sache oder gegenüber einer Person unter mehrere Berechtigte (sog. intellektuelle Teilung).[8])

[8]) Vgl. zB. D. 45, 3, 5: Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore.

Einer Teilung nach ideellen Anteilen sind die Rechte regelmäßig fähig, so das Eigentum (Miteigentum, unten § 130), der Nießbrauch (D. 35, 2, 1, 9, unten § 134 a 5), das Pfandrecht (D. 20, 1, 10) und die meisten Obligationen (D. 45, 1, 2 und 72, unten § 65 d). Unteilbare Rechte sind jedoch: der usus (D. 7, 8, 19, unten § 134 b 1 α), die Prädialservituten (§ 133 c 3) und gewisse Obligationen (§ 65 d).[9])

3. Die Teilbarkeit hat rechtliche Bedeutung insbesondere bei der Frage der Umwandlung derartiger ideeller Teile in reelle (actio communi dividundo, unten § 130); zB. A und B haben Miteigentum an einem Acker und einem Diamanten; ersteren können sie reell teilen (vgl. ABGB. § 843), letzteren müssen sie veräußern und können erst den Erlös teilen. Auch die Teilung selbst hat rechtlichen Einfluß, so erhält zB. der Hypothekengläubiger bei Teilung des Pfandgrundstücks (korreale) Hypotheken in voller Höhe an jedem Teil (pignoris causa indivisa est, unten § 140 b 3).

f. Wert.

1. Der Wert einer Sache ist die Bedeutung, die ihr als einem zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse geeigneten Gute zukommt. Der Wert wird durch Schätzung (aestimatio), d. h. Gleichstellung mit einer gewissen Summe Geldes, des allgemeinen Wertmessers, festgestellt. Diese Schätzung kann von verschiedenen Gesichtspunkten aus erfolgen, entweder nach dem Gebrauchswerte, d. h. dem Nutzen, welchen der dauernde Gebrauch des Guts gewährt, oder nach dem Tauschwerte, d. h. der Menge anderer Güter, die durch Veräußerung des Guts gewonnen werden.

---

Streitig ist, ob nach rR. die Sache ihrem Werte nach oder das Recht als unter die mehreren Berechtigten geteilt gedacht werden muß. Das ABGB. definiert den Begriff der Teilbarkeit nicht (vgl. § 291).

[9]) Von der (römischrechtlichen) Mitberechtigung oder -Verpflichtung zu ideellen Anteilen zu unterscheiden ist die (deutschrechtliche) Berechtigung oder Verpflichtung mehrerer zur gesamten Hand; unten § 84 a.

Der in Geld, dem allgemeinen Tauschmittel, ausgedrückte Tauschwert eines Gegenstandes wird als dessen **Preis** bezeichnet.

2. Die Frage nach dem Wert eines Gegenstandes hat in vielen Beziehungen rechtliche Bedeutung, so zB. wenn für die Veräußerung oder Beschädigung eines Gegenstandes Ersatz zu leisten ist. Hierbei wird vom Recht bisweilen der Gebrauchswert, meist aber der Tauschwert berücksichtigt. Ferner wird regelmäßig derjenige Wert in Betracht gezogen, den das Gut unter allen Umständen und für jedermann hat (**gemeiner Wert**, verum rei pretium), unter Umständen aber auch derjenige (höhere) Wert, den das Gut für eine bestimmte Person unter Berücksichtigung ihrer besonderen Verhältnisse besitzt (**außerordentlicher Wert**, id, quod interest, D. 47, 8, 2, 13), niemals jedoch der **Affektionswert** (pretium affectionis), d. h. der Wert, den eine Sache für den Eigentümer wegen seiner besonderen Vorliebe für sie hat (Katze einer alten Jungfer).[10])

---

[10]) D. 35, 2, 63, pr.: Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. Die Formel „quanti ea res est" bedeutet teils den gemeinen Wert (D. 50, 16, 179), teils „das Interesse", den außerordentlichen Wert (D. 6, 1, 68); vgl. unten § 66 c 3.

# Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

## § 40. Erwerb und Verlust der Rechte.

### a. Juristische Tatsachen.

Juristische (d. h. rechtlich erhebliche) Tatsachen sind Begebenheiten, die nach den Normen des objektiven Rechts für die Begründung, Umgestaltung oder Aufhebung der subjektiven Rechte von Bedeutung sind. Derartige Begebenheiten können äußere, sinnlich wahrnehmbare oder innere („Wissen und Wollen") sein. Die äußeren Tatsachen können wieder sein: Handlungen, d. h. Willensäußerungen einer Person, und sonstige Ereignisse (zB. Geburt, Tod, Zeitablauf).

Von den Handlungen sind zwei Gattungen unter besondere Begriffe zusammengefaßt und gewissen gemeinsamen Grundsätzen unterworfen, nämlich die Rechtsgeschäfte (unten § 41), d. h. Willenserklärungen, welche die Gestaltung gewisser Rechtsverhältnisse bezwecken, und die Delikte (unten § 112), d. h. schuldhafte, rechtsverletzende, vom objektiven Rechte gemißbilligte Willensbetätigungen, an die sich Rechtsfolgen (Strafe, Schadensersatz) anknüpfen. Beide Arten von Handlungen können sein: positive (bei den Delikten Kommissivdelikte genannt, zB. furtum, iniuria) oder negative (Unterlassungen, zB. das Stillschweigen, S. 268, bei den Delikten Omissivdelikte genannt, zB. schuldhafte Nichtbeleuchtung der Haustreppe).

Die Summe der zur Herbeiführung einer Rechtswirkung erforderlichen Tatsachen heißt der Tatbestand dieser Rechtswirkung. Der Tatbestand der

Testamentserbfolge setzt sich zB. aus den Tatsachen: Testamentserrichtung, Tod des Erblassers und Überleben eines Bedachten (Erben) zusammen.

b. Rechtserwerb.

1. Rechtserwerb bedeutet Verbindung eines subjektiven Rechts mit einer Person. Der Rechtserwerb vollzieht sich entweder durch eine Handlung der erwerbenden Person (zB. Aneignung) oder ipso iure, d. h. von Rechts wegen (zB. die alluvio, unten § 123 a 1 γ).[1]) Er heißt originär (ursprünglich) wenn das Recht in der Person des Erwerbenden neu entsteht (Aneignung, Ersitzung, Verarbeitung), derivativ (abgeleitet), wenn er sich von dem Recht eines anderen herleitet (Erwerb durch Übergabe, Auflassung, Erbgang).[2])

2. Beim derivativen (abgeleiteten) Erwerbe heißt der bisher Berechtigte Rechtsurheber, auctor iuris, der Erwerber Rechtsnachfolger, successor, der Hergang vom Standpunkte des auctor: Rechtsübertragung (cessio, traditio), vom Standpunkte des Erwerbers: Rechtsnachfolge (successio). Hierbei gilt der Grundsatz, daß der Rechtsnachfolger bestenfalls das Recht

---

[1]) Früher (so das ALR.) schied man die zur Herbeiführung eines Rechtserwerbs, insbesondere des Eigentumserwerbs, erforderlichen Tatsachen in die obligatorischen, den sog. titulus adquirendi, und die dinglichen, den sog. modus adquirendi. Übergibt A zB. dem B ein ihm verkauftes Pferd, dann ist das Verkaufsgeschäft der Titel, die Übergabe der Modus. Vgl. über diese an D. 41, 1, 31 anknüpfende, auch in das ABGB. übergegangene Theorie §§ 380, 381, 424, 425, 450, 451, 480, 481.

[2]) Mit der Unterscheidung zwischen originärem und derivativem ist die Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Rechtserwerb nicht zu verwechseln. Bei letzterer ist das Unterscheidungsmerkmal, ob der bisherige Inhaber des Rechts zur Rechtsübertragung mitwirken muß oder nicht. Der Erwerb auf Grund gesetzlicher Erbfolge ist zB. derivativ, denn der Erbe erhält nur omne ius, quod defunctus habuit; aber er ist unmittelbar, denn der Rechtserwerb vollzieht sich nicht durch ein Handeln des Erblassers, sondern durch eine Handlung des Erben, den Erbschaftsantritt (so nach rR. und nach österr. Recht; ABGB. § 799).

des Rechtsvorgängers, aber kein besseres oder größeres erwerben kann (nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet; D. 50, 17, 54 und 120). Eine Folge dieses Satzes ist der Grundsatz: „Resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum"; d. h. stellt sich das Recht des Rechtsurhebers, zB. infolge Zeitablaufs oder des Eintritts einer Resolutivbedingung, als hinfällig heraus, so fallen ohne weiteres alle von ihm übertragenen Rechte fort. Zuweilen wird der auch im ABGB. § 442 ausgesprochene Grundsatz, daß niemand mehr Rechte übertragen kann, als er hat, im Interesse der Sicherheit des Verkehrs durchbrochen, zB. im ABGB. § 367 bezüglich des gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen vom Nichteigentümer und in § 456 bezüglich der gültigen Erwerbung des Pfandrechtes, an einer fremden beweglichen Sache.

3. Der abgeleitete Erwerb ist wieder konstitutiv oder translativ, je nachdem das übertragene Recht von dem Rechtsvorgänger aus seinem Recht erst ausgesondert wird, als ein selbständiges also bisher noch nicht vorhanden war (wenn zB. der Eigentümer eines Grundstücks eine Hypothek für einen Gläubiger eintragen läßt, einen Nießbrauch bestellt) oder schon beim Rechtsvorgänger selbständig vorhanden gewesen war (wie zB. bei der Abtretung einer Forderung). Die konstitutive oder translative Übertragung eines Rechts auf einen anderen durch einen Willensakt des Berechtigten heißt Veräußerung (alienatio). Die alienatio umfaßt daher zB auch die Verpfändung (S. 238). In einem weiteren Sinne bedeutet alienatio auch das freiwillige Aufgeben eines Rechts ohne Übertragung auf einen anderen, das wieder sein kann: Verzicht, renuntiatio, d. h. Aufgeben eines bereits erworbenen Rechts (zB. das Wegwerfen eines Gegenstands) und repudiatio, Nichtbenutzung der Möglichkeit, einen Erwerb zu machen (zB. Ausschlagung einer Erbschaft). Besonders geordnet ist die alienatio in fraudem creditorum, über die im Konkursrechte zu sprechen ist.

4. Die Rechtsnachfolge, also der Eintritt in die Rechtsstellung eines Rechtsvorgängers beim derivativen Er-

werb, kann einen verschiedenen Umfang haben. Universalsukzession (Gesamtnachfolge) ist der (heute nur durch Erbgang, im älteren rR. auch durch bonorum emptio im Konkurse vermittelte) Eintritt in die gesamte Rechtsstellung eines anderen, insbesondere in sein Vermögen (Aktiva und Passiva) als eine universitas iuris (oben S. 207), successio in universum ius quod defunctus habuerit (D. 50, 17, 62); Singularsukzession ist der Eintritt in einzelne Rechte (zB. bei Abtretung einer Forderung) oder Pflichten (zB. bei der Schuldübernahme). Eine dem rR. eigentümliche Gesamtnachfolge nur in die Rechte einer Person (ihr Aktivvermögen), ist die beim Eintritt in eine fremde potestas (beim Verlust der Freiheit, bei Eingehung einer Manusehe, bei der arrogatio) vorkommende adquisitio per universitatem (S. 184); [3]) eine dem deutschen Recht eigentümliche Gesamtnachfolge in einzelne Vermögensgesamtheiten (Lehen, Fideikommiß, Allodialvermögen) ist die spezielle Universalsukzession oder Spezialsukzession.

5. Ein Rechtserwerb ist in der Schwebe (pendet, in suspenso est), wenn noch nicht alle den Rechtserwerb bewirkenden Tatbestandsmomente vorhanden sind, so beim suspensiv-bedingten, befristeten, von einer Genehmigung abhängigen Rechtsgeschäfte. Tritt der zum endgültigen Rechtserwerbe noch fehlende Umstand ein, so wird der Rechtserwerb bei einzelnen Rechtsverhältnissen auf den Beginn des Schwebezustands zurückbezogen (Rückziehung, Retrotraktion, Wirkung „ex tunc", zB. ratihabitio mandato comparatur, unten § 52 a 2), bei anderen als erst mit Eintritt des fehlenden Umstands vollendet angesehen (Wirkung „ex nunc", so bei befristeten Rechtsgeschäften, unten § 50 b).

c. Rechtsverlust.

Rechtsverlust ist Loslösung eines Rechts von der Person des bisher Berechtigten. Er kann, ebenso wie der Rechts-

[3]) Adquisitio per universitatem trat ferner ein nach dem SC. Claudianum „cum libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem amittebat et cum libertate substantiam". Diesen Erwerb beseitigte Justinian (I. 3, 12, 1); vgl. oben S. 166[1]).

erwerb, durch eine Handlung des Berechtigten (Veräußerung, Entäußerung) oder durch andere Ereignisse eintreten (Untergang einer Sache; Tod des Berechtigten, zB. bei der Leibrente, dem Nießbrauch; Tod des Verpflichteten, zB. bei der Unterhaltspflicht; Zeitablauf). Verwirkung (commissio) ist die Entziehung eines Rechts von Gesetzes wegen als Folge einer vom Gesetze gemißbilligten Handlung (zB. im Falle des decretum divi Marci, unten § 57 b, und der Erbunwürdigkeit, s. u. im Erbrecht).

Ist ein Recht für ein bestimmtes Subjekt entstanden, so dauert es fort bis zum Eintritt einer verändernden oder vernichtenden Tatsache (Grundsatz der Kontinuität des Rechts). Daher hat die Beweislast für die Änderung oder den Verlust des Rechts, wer eine solche Tatsache behauptet. Verlangt A zB. von B ein ihm angeblich gegebenes Darlehen zurück, so muß A beweisen, wenn B den Empfang des Darlehns bestreitet, B, wenn er dies zugesteht, aber behauptet, es zurückgezahlt zu haben; vgl. unten § 60 a 3.

## § 41. Rechtsgeschäfte. Allgemeines.

### a. Begriff des Rechtsgeschäfts.

Rechtsgeschäft (in den Quellen negotium, aber ohne technische Bedeutung, zB. auch für Prozeßhandlungen, im prät. Edikt gestum, zB. D. 4, 4, 1, 1) ist eine auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtete Privatwillenserklärung. Jedes Rechtsgeschäft beruht also auf einer Willenserklärung, aber nicht jede Willenserklärung ist ein Rechtsgeschäft, sondern nur eine solche, die von einer Privatperson ausgeht (kein Rechtsgeschäft ist die von einem Richter getroffene Entscheidung), ferner einen Rechtserfolg bezweckt (kein Rechtsgeschäft ist die Annahme einer Balleinladung, die Aufforderung zum Tanz) und endlich von der Rechtsordnung gebilligt wird (kein Rechtsgeschäft ist die unerlaubte Handlung).

### b. Einteilung der Rechtsgeschäfte.

Die Rechtsgeschäfte werden von verschiedenen Gesichtspunkten gewissen Einteilungen unterworfen.

1. Bei gewissen Rechtsgeschäften genügt die Willenserklärung einer Partei (einseitige Rechtsgeschäfte), bei anderen sind die übereinstimmenden Willenserklärungen mehrerer Parteien erforderlich (zweiseitige Rechtsgeschäfte oder Verträge; D. 2, 14, 1, 2: est pactio duorum pluriumve in idem placitum [et][1]) consensus).

α. Gewisse einseitige Rechtsgeschäfte können nur einem bestimmten Gegner gegenüber vorgenommen werden, sog. empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte (zB. Kündigung, Mahnung, Antrag, Anfechtung, Aufrechnung), im Gegensatze zu den streng einseitigen (zB. Auslobung, Aneignung, Testamentserrichtung, Erbschaftsantritt), die eines „Adressaten" der Willenserklärung nicht bedürfen.

β. Verträge gibt es auf allen Rechtsgebieten (zB. Schenkung, Auflassung, Annahme an Kindes Statt, Erbvertrag). Die wichtigsten und von den Römern allein behandelten (unten §§ 71 ff.) sind die dem Rechte der Schuldverhältnisse angehörenden Schuldverträge (obligatorische Verträge, Kontrakte), die wieder, je nachdem sie nur der einen oder jeder Partei eine Verpflichtung auferlegen, in einseitige contractus unilaterales (zB. nexum, stipulatio, Darlehen, Schenkung), und zweiseitige, contractus bilaterales, zerfallen. Unter den letzteren sind wieder zu unterscheiden die vollkommen zweiseitigen (contractus bilaterales aequales), bei denen von vornherein und begriffsnotwendig beide Teile gleiche Pflichten haben (sog. synallagmatische, nach ABGB. §§ 864, 921 zweiseitig verbindliche Verträge, zB. Kauf, Miete, Gesellschaft) und die unvollkommen zweiseitigen Verträge, wenn zunächst und notwendig nur eine Partei verpflichtet ist, unter gewissen Umständen aber eine Gegenverpflichtung auch der anderen Partei entstehen kann (contractus bilaterales inaequales, zB. Auftrag, Hinterlegung).

Auf diesem Unterschiede beruht der Gegensatz zwischen den actiones directae und contrariae (§ 59 b 3 α). Erstere sind Klagen, die aus dem Wesen des Rechtsgeschäfts

[1]) Dies Wort fehlt in der Florentina (S. 137).

entspringen, letztere sind Gegenklagen wegen etwaiger Gegenforderungen.

Bei den zweiseitigen Verträgen ist eine erschöpfende Bestimmung ihres Inhalts in der Regel unmöglich; jeder Teilnehmer muß sich vielmehr auf die Anständigkeit des anderen verlassen; sie heißen daher bonae fidei contractus, im Gegensatze zu den einseitigen, von vornherein genau bestimmbaren stricti iuris contractus.

Über die (für das moderne Recht bedeutungslose) römischrechtliche Einteilung der Schuldverträge in contractus und pacta, und der ersteren in Verbal-, Litteral-, Real-, Konsensual- und Innominatkontrakte vgl. unten § 71 b.

2. Negotia mortis causa (D. 5, 2, 25, pr.) heißen die zur Regelung der Rechtsverhältnisse des Erklärenden nach seinem Tode bestimmten Rechtsgeschäfte (Testament, Erbvertrag, Schenkung von Todes wegen), im Gegensatze zu den sonstigen, den negotia inter vivos. Diejenigen negotia mortis causa, die nur unter der Bedingung rechtswirksam sind, daß sie der letzte Wille des Verfügenden sein werden, heißen letztwillige Verfügungen. Sie sind eben dieser Bedingung wegen bis zum Tode frei widerruflich. Zu ihnen gehören Testament und Schenkung von Todes wegen, nicht aber der Erbvertrag.

3. Unter den den Vermögensverkehr betreffenden Rechtsgeschäften unterscheidet man die entgeltlichen oder onerosen von den unentgeltlichen oder lukrativen (ex causa onerosa und ex causa lucrativa, D. 44, 7, 17 und 19), je nachdem der durch ein Rechtsgeschäft vermittelte Vermögenserwerb eine vermögenswerte Leistung des Erwerbers erfordert (zB. Kauf) oder nicht (zB. Schenkung). Zwischen dem onerosen und dem lukrativen Rechtsgeschäfte steht das gemischte, negotium mixtum cum donatione, bei dem eine Gegenleistung bestimmt ist, aber in keinem Verhältnisse zum Werte der Leistung steht (zB. A überläßt seinem Sohne B sein wertvolles Bauerngut gegen ein geringes Altenteil).

4. Jedes Rechtsgeschäft verfolgt einen Zweck (causa).[2])

[2]) Mit dem Ausdrucke causa bezeichnen die Römer sinnverwirrend die verschiedensten Rechtsbegriffe, u. a. den Beweggrund

So kann zB. eine Vermögenszuwendung erfolgen „donandi, obligandi (oder credendi), solvendi causa", nämlich zu dem Zweck: entweder den Empfänger zu bereichern (zB. Schenkung) oder zu verpflichten (zB. Hingabe eines Darlehns) oder den Zahlenden von einer bestehenden Pflicht zu befreien (zB. Rückzahlung eines Darlehns). Regelmäßig ist die Erreichung des Zwecks[3]) des Rechtsgeschäfts Bedingung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts; das letztere

---

(falsa causa non nocet, Anm. 3), den Zweck (zB. condictio ob iniustam causam, § 111 b), den Prozeß (zB. causa centumviralis, causa Curiana, ebenso im Französischen: „causes célèbres"), die rechtliche Stellung (res transit cum sua causa), das zu einer Hauptsache Hinzugekommene (omnis causa, § 127 d 2), den Klagegrund (causa agendi, § 58 a), die Begründungsart bei Schuldverhältnissen (causae civiles, § 71 b), die Verursachung (Kausalzusammenhang, § 66 c).

[3]) Mit dem Zweck eines Rechtsgeschäfts sind die Beweggründe (Motive) desselben nicht zu verwechseln. Der Zweck gibt an, welcher rechtliche Erfolg (in der Zukunft) durch die Vornahme des Rechtsgeschäfts erreicht werden soll. Die Beweggründe geben an, weshalb der Erklärende (in der Vergangenheit) dazu gelangt ist, das Rechtsgeschäft vorzunehmen. A übergibt B 1000 K. (Rechtsgeschäft), um sie ihm zu schenken (Zweck), weil ihn B aus dem Wasser gezogen hat (Beweggrund).

Die Beweggründe haben regelmäßig keinen Einfluß auf die Rechtsbeständigkeit des Rechtsgeschäfts (falsa causa non nocet, D. 35, 1, 72, 6; vgl. D. 12, 6, 65, 2). Ausnahmen finden sich nur bei rechtswidriger Einwirkung auf die Entstehung des Beweggrundes (Zwang und Betrug, unten § 44); ferner ist unter Umständen ein Irrtum im Motiv erheblich (unten § 44[a], Erbrecht, condictio indebiti, vgl. ABGB. §§ 572, 901, 1431—1437) und ein unsittlichen Beweggründen entspringendes Geschäft nichtig (vgl. zB. D. 17, 1, 12, 11); endlich kann ein Beweggrund durch Parteivereinbarung zur Bedingung des Wirksamwerdens (Suspensivbedingung) oder Wirksambleibens (Resolutivbedingung) des Rechtsgeschäfts gemacht werden (unten § 49). Dagegen ist die Nichterreichung des Zwecks bei den kausalen Geschäften begriffliche Wirksamkeitsbedingung des Rechtsgeschäfts, bei den abstrakten wenigstens Anlaß zur Beseitigung seiner Wirkungen (unten S. 235). Vgl. D. 12, 6, 52: Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit.

soll also nur bestehen, wenn damit sein Zweck, seine causa, erreicht wird (zB. am 1. Oktober 1904 zahle ich an B gegen Übergabe des von mir gekauften Pferdes Pluto 1000 K. Diese Rechtsgeschäfte nennt man *kausale* oder *materielle*. Zuweilen aber lösen die Beteiligten den Zweck des Rechtsgeschäfts von seinem Bestehen ab, und lassen durch die Art der Abgabe der Willenserklärung erkennen, daß das Rechtsgeschäft selbst dann Bestand haben soll, wenn der damit verbundene Zweck nicht erreicht wird (zB. am 1. Oktober 1904 zahle ich an B gegen diesen Wechsel 1000 K.). Diese von ihrem Zweck „abgezogenen" Rechtsgeschäfte heißen „*abstrakte*". Erfolgt insbesondere eine Vermögenszuwendung durch ein kausales Rechtsgeschäft, so tritt sie nur in Wirkung, wenn der Zweck, zu dem sie vorgenommen wird, sich verwirklicht (die 1000 K. sind nur Zug um Zug gegen Übergabe des Pluto zu zahlen). Erfolgt sie durch ein abstraktes Rechtsgeschäft, so wird die Vermögenszuwendung unabhängig vom Eintritte des zugrunde liegenden Zwecks verwirklicht (A muß auf den von ihm ausgestellten Wechsel an den Inhaber am 1. Oktober 1904 1000 K. zahlen, auch wenn B ihm Pluto noch nicht übergeben hat); freilich kann sie unter Umständen wegen Nichterfüllung des Zwecks wieder rückgängig gemacht werden. Hierauf beruhen die Kondiktionen, unten § 111 b.

Bei welchen Rechtsinstituten und in welcher Form[4]) abstrakte Rechtsgeschäfte zulässig sind, das wird von der Rechtsordnung bestimmt. Dabei ist noch zu unterscheiden zwischen *notwendig-abstrakten* Geschäften, die eine Bezugnahme auf die causa der Vermögenszuwendung gar nicht dulden (so in Rom mancipatio und in iure cessio, S. 146, 151, heute Wechsel), und *willkürlich-abstrakten*, bei denen die Abhängigkeit von der causa nicht erforderlich, aber zulässig ist (so in Rom die stipulatio in der späteren

[4]) Regelmäßig, aber nicht immer, sind abstrakte Rechtsgeschäfte nur bei Beobachtung gewisser Rechtsformen rechtsgültig. Die abstrakten Geschäfte werden daher auch als *Formalgeschäfte* bezeichnet. Vgl. § 45[4].

Entwicklung, § 71 b und — nach richtiger Ansicht, § 121 — die traditio), heute kaufmännische Anweisungen und Verpflichtungsscheine, Lagerscheine (HGB. Art. 300, 301, 302).

5. Über gültige und ungültige (nichtige und anfechtbare) Rechtsgeschäfte vgl. unten § 47.

### c. Bestandteile der Rechtsgeschäfte.

Essentialia negotii nennt man diejenigen Bestandteile eines Rechtsgeschäfts, die für seine Kennzeichnung als zu einer bestimmten Gattung gehörig unentbehrlich sind (zB. beim Kauf: Ware und Preis). Diese begriffsnotwendigen Bestandteile müssen durch die bei einem Rechtsgeschäfte Beteiligten geschaffen werden; denn erst dadurch wird die Art des entstehenden Rechtsverhältnisses festgestellt. Eine eingehendere Regelung des letzteren durch die Beteiligten ist dagegen überflüssig; denn wenn durch die Essentialien die Gattung des Rechtsgeschäfts feststeht, so gibt das objektive Recht an, wie sich das Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten im einzelnen gestaltet. Wenn zB. feststeht, daß ein Rechtsgeschäft als Kauf zu behandeln ist, ordnet das ABGB. an, wann und wo der Kaufpreis zu zahlen und der Kaufgegenstand zu übergeben ist, welche Beschaffenheit dieser haben muß und welche Rechte die mangelhafte Erfüllung dem Käufer gewährt. Diese von der Rechtsordnung aus der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses abgeleiteten Normalsätze heißen naturalia negotii. Da sie nun aber nur nebensächliches enthalten, können sie — ohne daß das Rechtsgeschäft seinen Charakter verliert — durch Abrede der Beteiligten geändert werden; sie sind also Dispositivvorschriften (S. 25). Solche auf der Parteiwillkür beruhenden, die gesetzlichen Nebenbestandteile (die naturalia) abändernden Nebenbestimmungen heißen accidentalia negotii[5]).

---

[5]) Die Frage der Beweislast für die verschiedenen Bestandteile eines Rechtsgeschäfts, heute eine der bestrittensten der Rechtswissenschaft, gehört eigentlich dem Civilprozesse an. Beweisbedürftig sind in der Regel nur konkrete Tatsachen (facta), welche nicht schon nach den Vorschriften der CPO. als bewiesen gelten, wie vom Gegner aus-

# Geschäftsfähigkeit.

## § 42. Die Geschäftsfähigkeit.

### a. Begriff.

Handlungsfähigkeit ist die einer Person vom Rechte zuerkannte Befähigung, rechtlich wirksame Handlungen vorzunehmen, d. h. durch Willensäußerungen in den bestehenden Rechtszustand einzugreifen. Dies kann geschehen (S. 227)

---

drücklich zugestandene (CPO. § 266), bei Gericht offenkundige (notorische § 269) oder solche Tatsachen, für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt (zB. ABGB. §§ 23, 24, 138, 328, 518, 924, 925, 1110, 1232, 1237, 1427; der Beweis des Gegenteils ist zulässig, insofern das Gesetz denselben nicht ausschließt, CPO. § 270: praesumtiones iuris et de iure, zB. HGB. Art. 274 Abs. 2). Ferner bedürfen keines Beweises inländische Rechtssätze (ausländisches Recht, Gewohnheitsrecht, Privilegien und Statuten bedürfen des Beweises nur, insofern sie dem Gericht unbekannt sind, CPO. § 271).

Für die Regulierung der Beweislast gilt die allgemeine Regel, daß jede Partei die ungewissen Tatsachen zu beweisen habe, welche das notwendige Fundament ihres prozessualen Angriffs oder Gegenangriffs bilden. Die Frage, wer zu beweisen habe, löst sich in die Frage auf, was zu beweisen, beziehungsweise was zu behaupten sei (Unger, System II, § 129). —

Die CPO. enthält keine Norm darüber, wen die Beweislast treffe; sie verpflichtet nur jede Partei die zur Feststellung ihrer Angaben nötigen Beweise anzubieten (zB. §§ 178, 226, 243), räumt aber zugleich dem Richter, dem die erschöpfende Erörterung der Sache obliegt (§ 180), das Recht ein, ohne, mitunter sogar gegen den Antrag der Parteien, Urkunden herbeizuschaffen, Augenschein aufzunehmen, Zeugen oder Sachverständige zu laden, oder die Beweisführung durch Vernehmung der Parteien (§ 371) anzuordnen. Da der Richter weiter gemäß CPO. § 272 unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung, nach freier Überzeugung zu beurteilen hat, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht, ist es klar, daß der Civilprozeß „nicht auf dem Standpunkt einer durch die eigene Beweislast begrenzten subjektiven Beweispflicht, sondern vielmehr einer von dieser Beweislast unabhängigen Mitwirkungspflicht beider Parteien bei Feststellung des Sachverhaltes steht, der sich eine Partei nicht unter Berufung auf die den Gegner treffende Beweislast entziehen kann" (Wehli, Beweislast im neuen Civilprozeß). Die Frage der Beweislast hat somit im österreichischen Civilprozesse von ihrer früheren Bedeutung wesentlich verloren.

durch Rechtsgeschäfte und durch Delikte. Demgemäß unterscheidet man als Unterarten der Handlungsfähigkeit die Geschäftsfähigkeit und die Deliktsfähigkeit. Im vorliegenden Titel handelt es sich nur um die für alle Rechtsgebiete bedeutsame Geschäftsfähigkeit, während die nur für das Recht der Schuldverhältnisse in Frage kommende Deliktsfähigkeit im zweiten Buch (unten § 112) zu behandeln ist. Immerhin ist im Interesse der Übersichtlichkeit bei der folgenden Besprechung der die Geschäftsfähigkeit beeinflussenden Umstände zu erwähnen, wie diese Umstände auf die Deliktsfähigkeit einwirken.

Nicht alle Personen nämlich sind in gleicher Weise handlungsfähig. Ihre Geschäfts- und ebenso ihre Deliktsfähigkeit wird vielmehr von gewissen Tatsachen völlig aufgehoben, von anderen beschränkend beeinflußt. Hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit ist (ebenso ABGB. §§ 568, 569, 865) zwischen den gänzlich „Geschäftsunfähigen" und den „beschränkt Geschäftsfähigen" zu unterscheiden; die letzteren entbehren nur der Fähigkeit, ihre Rechtslage durch Aufgabe von Rechten oder Übernahme von Pflichten zu verschlechtern, der Veräußerungs- und Verpflichtungsfähigkeit, besitzen dagegen die Erwerbsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, ihre Rechtslage zu verbessern, also Rechte zu erwerben oder sich der Verbindlichkeiten zu entledigen.

Eine Unterart der Verpflichtungsfähigkeit ist die Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten. Diese Vertragsfähigkeit kommt als Voraussetzung der Wechselfähigkeit (WO. Art. 1) und der Prozeßfähigkeit (CPO. §§ 1 bis 10) in Betracht.

Mit der Veräußerungsfähigkeit, d. h. der auf dem objektiven Rechte beruhenden allgemeinen Fähigkeit einer Person, die zu ihrem Vermögen gehörenden Gegenstände aufzugeben (oder mit Rechten zugunsten dritter zu belasten, beides zusammengefaßt in dem Wort „alienare"), ist nicht zu verwechseln die Verfügungsbefugnis, d. h. die Berechtigung einer veräußerungsfähigen Person, über bestimmte Vermögensgegenstände auf Grund eines subjektiven Rechts

zu verfügen. Mangelnde Veräußerungsfähigkeit macht die Veräußerung stets nichtig. Bei mangelnder Verfügungsbefugnis müßte dies an sich auch der Fall sein; im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs wird aber im modernen Recht vielfach auch der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten geschützt (unten § 121 d).

b. Umstände, welche die Geschäftsfähigkeit beeinflussen.

1. Das Alter.

α. Das ältere rR. kannte nur drei für die Geschäftsfähigkeit bedeutsame Altersstufen. Den erheblichsten Einfluß hatte der Eintritt der Geschlechtsreife, der pubertas[1]). Danach werden zunächst impuberes (pupilli) und puberes unterschieden. Unter den impuberes werden wieder die noch nicht 7 Jahr alten infantes anders behandelt als die impuberes infantia maiores.

Als Zeitpunkt des Eintritts der pubertas wurde bei Mädchen stets das vollendete 12. Lebensjahr angenommen. Knaben galten ursprünglich als puberes, sobald sie mit Genehmigung ihrer Familie statt des Knabenkleides, der toga praetexta, die toga virilis angelegt hatten. Justinian setzte in Entscheidung eines berühmten Schulstreits die pubertas für Knaben einheitlich auf das vollendete 14. Lebensjahr fest; er folgte hierbei ausnahmsweise (S. 115) den Prokulianern, während die Sabinianer die wirkliche Geschlechtsreife in jedem einzelnen Fall unter Berücksichtigung des habitus corporis entscheiden lassen wollten (I. 1, 22, pr., C. 5, 60, 3).

a. Die noch nicht 7 Jahr alten infantes (qui fari non possunt) sind gänzlich handlungs-, also geschäfts- und

[1]) Keine Beziehung zur Handlungsfähigkeit hatte die „plena pubertas“: um 18 Jahre mußte der pater adoptans älter sein als der adoptandus (I. 1, 11, 4: adoptio naturam imitatur; ABGB. § 180); Alimente, die bis zur Pubertät vermacht waren, mußten bei Knaben bis zum 18. Lebensjahre, bei Mädchen bis zum 14. ausbezahlt werden (D. 34, 1, 14, pr. und 1).

deliktsunfähig. Stehen sie unter patria potestas, so nimmt der pater familias ihre Interessen im eigenen Namen wahr, zumal der Erwerb der Hauskinder ihm grundsätzlich (S. 148) zufällt. Sind sie sui iuris, so haben sie einen tutor und dieser kann nur solche Geschäfte für sie erledigen, die er im eigenen Namen vornehmen kann. Soweit dies unzulässig ist (wie im älteren Rechte beim Erbschaftsantritt), ist ein Handeln für den infans unmöglich; denn bei der das rR. beherrschenden Anschauung von der Unzulässigkeit einer unmittelbaren Stellvertretung (unten § 51) kann der tutor niemals im Namen seines Mündels handeln. Nur soweit es sich um Rechtsgeschäfte handelt, bei denen ein „fari" des infans unnötig ist, wie beim Erbschaftserwerb (D. 29, 2, 9; 36, 1, 67, 3), wird es für zulässig erklärt, daß der Vormund neben dem infans wie neben dem impubes infantia maior (s. u.) das Geschäft durch auctoritatis interpositio erledigt (vgl. D. 41, 2, 1, 5). In C. 7, 32, 3 ist aus praktischen Rücksichten (besonders für den Fall der Schenkung) der selbständige Besitzerwerb durch Übergabe seitens eines infans zugelassen.

b. Die impuberes infantia maiores, also Knaben von 7—14, Mädchen von 7—12 Jahren, sind beschränkt handlungsfähig.

1) Für ihre Geschäftsfähigkeit gilt der Satz: sie sind erwerbs- aber nicht selbständig veräußerungs- oder verpflichtungsfähig (I. 1, 21, pr.). Entleiht ein impubes zB. 100 HS, so erwirbt er die ihm übergebenen Geldstücke zu Eigentum; er kann aber nicht mit der condictio mutui auf Rückzahlung belangt werden, denn der Darlehnsvertrag ist nichtig, er haftet daher höchstens mit der condictio sine causa (unten § 111 b). Kauft er ein Pferd, so kann er auf Übergabe klagen, nicht aber auf den Kaufpreis verklagt werden. Das von ihm abgeschlossene Geschäft ist hiernach ein sog. negotium claudicans (vgl. D. 19, 1, 13, 29: Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat; ebenso ABGB. § 865). Zur Eingehung eines Verpflichtungsgeschäfts ist

ein unter patria potestas stehender impubes ebensowenig wie ein infans imstande; für ihn muß im eigenen Namen der pater familias handeln. Dagegen sind die vaterlosen, daher unter tutela stehenden impuberes sui iuris in der Lage, unter Zuziehung ihres tutor rechtsgültige Verpflichtungen einzugehen. Bei der Unzulässigkeit unmittelbarer Stellvertretung kann auch hierbei nicht ein Handeln des Vormunds namens des Mündels in Frage kommen; vielmehr handelt der impubes persönlich und im eigenen Namen (C. 6, 30, 5) und die Rechtswirksamkeit tritt dadurch ein, daß der bei dem Rechtsakte gegenwärtige tutor (I. 1, 21, 2) seine Einwilligung erklärt (sog. auctoritatis interpositio). Die nachträglich (post tempus) oder schriftlich (per epistulam) abgegebene Zustimmung würde das Geschäft nicht gültig machen (D. 26, 8, 9, 5; anders ABGB. § 865 vgl. auch § 862). Verpflichtungsgeschäfte, bei denen die Mitwirkung des tutor ausgeschlossen ist, können die impuberes überhaupt nicht vornehmen. Dazu gehören die Eheschließung und die Testamentserrichtung; impuberes sind daher eheunmündig (I. 1, 10, pr., können sich aber verloben, D. 23, 1, 14) und testierunfähig (D. 28, 1, 5); vgl. ABGB. §§ 48, 569.

2) Für Delikte haften impuberes infantia maiores civilrechtlich, falls sie die zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit erforderliche Einsicht besaßen, „doli capaces" waren, was bei den pubertati proximi vermutet wird (D. 50, 17, 111, pr). Ehemals ließ man die Unmündigen für bestimmte Delikte haften.

*β.* Die puberes waren nach älterem rR., wie erwähnt, völlig geschäfts- und deliktsfähig. Erst durch eine lex Plaetoria (184 v. Chr.) wurde in Ansehung der Geschäftsfähigkeit das 25. Lebensjahr (aetas legitima) bedeutsam, so daß nunmehr vier Altersstufen in Betracht kommen: infantes (Kinder), impuberes infantia maiores (Unmündige), puberes minores viginti quinque annis s. annorum (Minderjährige), maiores XXV annis (Volljährige); erst diese letzteren besitzen die volle Geschäftsfähigkeit.

a. Die lex Plaetoria — in erster Linie ein Strafgesetz gegen Auswucherung jugendlicher Personen (circumscriptio adulescentium), also ähnlich wie § 15 des Ges. vom 28. Mai 1881, RGB. Nr. 47 (Wuchergesetz) — schuf nämlich zugunsten der minores XXV annis zwei Schutzmaßregeln: einmal eine Einrede (exceptio legis Plaetoriae) gegen die von ihnen zu ihrem Schaden eingegangen Geschäfte[2]) und ferner die Möglichkeit, daß sie aus besonderen Gründen (propter lasciviam vel dementiam) — falls sie nicht unter väterlicher Gewalt standen — zur Verwaltung ihres Vermögens einen curator erhalten können. Durch das prätorische Recht wurde den minores als weitere Vergünstigung die in integrum restitutio gegen nachteilige Geschäfte, die sie während der Minderjährigkeit abgeschlossen hatten, gewährt (D. 4, 4, 1, 1), und zwar noch dann, wenn dies an ihrem 25. Geburtstage geschehen war, wenn nur vor der Geburtsstunde (Fall der naturalis computatio, unten § 53 d). Mark Aurel verstattete den minores XXV annis die Wahl eines curator (generalis) in allen Fällen, bestimmte aber ferner, daß sie gewisse wichtige Rechtsakte nicht ohne einen curator (generalis oder specialis) vornehmen könnten (Prozeßführung, Zahlungsempfang, Decharge, d. h. Entlastung des abgehenden tutor), so daß die Unterstellung der minores unter die cura tatsächlich die Regel bildete. Die Mitwirkung des curator (sog. consensus curatoris) konnte in jeder Form, auch schriftlich und vor, während oder nach dem vom minor selbst vorzunehmenden Rechtsakte erfolgen, während die auctoritatis interpositio mündlich in Gegenwart des Mündels und unmittelbar im Anschluß an seine Erklärung zu vollziehen war (S. 241).

b. Abgesehen von der Notwendigkeit der Mitwirkung eines Kurators zu den erwähnten Rechtsakten war die Geschäftsfähigkeit der minores, gleichgültig ob sie Hauskinder oder sui iuris waren (D. 44, 7, 39; 45, 1, 141, 2), und im letzteren Falle gleichgültig ob sie einen Kurator

[2]) Vgl. Plautus, Pseudolus 1, 3, 69: lex me perdit quinavicenaria, metuunt credere omnes.

hatten oder nicht, bis auf Diokletian unbeschränkt; insbesondere waren sie voll verpflichtungsfähig (D. 45, 1, 101: puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari). Erst Diokletian stellte in der sehr umstrittenen l. 3 C. 2, 21 die unter cura stehenden minores den unter cura gestellten (entmündigten) Verschwendern gleich und erklärte sie demgemäß ohne den Konsens ihres Kurators für veräußerungs- und (nach der richtigen Meinung auch für) verpflichtungsunfähig. Die nicht unter cura stehenden minores blieben verpflichtungsfähig, vorbehaltlich des Anspruchs auf in integrum restitutio[3]).

---

[3]) a. In Deutschland wurde dieser verwickelte Rechtszustand vereinfacht durch die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577. Diese für die Entwicklung des Vormundschaftswesens überhaupt bedeutungsvollen Reichsgesetze bestimmten unter Beseitigung der römischen Unterscheidung zwischen der (obligatorischen) tutela impuberum und der (nur fakultativen) cura minorum, daß den nicht unter väterlicher Gewalt stehenden „Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren voigtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden". Damit waren die puberes minores den impuberes infantia maiores in Ansehung ihrer Geschäftsfähigkeit gleichgestellt, was die Praxis auch auf die unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen ausdehnte: alle mehr als 7 Jahr alten minores waren erwerbs-, aber nur mit Genehmigung des Vaters oder Vormunds veräußerungs- und verpflichtungsfähig. Die Erreichung der Pubertät (des 14. und 12. Lebensjahrs) behielt nur noch für die Eheschließung und die Testamentserrichtung Bedeutung. Der Unterschied in der Form der auctoritatis interpositio tutoris und des consensus curatoris war damit beseitigt. Es genügte Zustimmung des Gewalthabers in irgend einer Form.

b. Auf dem so fortentwickelten Gemeinen Rechte beruht das ABGB.

1. Nach § 865 ist ein noch nicht 7 Jahr altes Kind völlig geschäftsunfähig, ein älterer Minderjähriger beschränkt geschäftsfähig, nämlich erwerbs-, aber nur mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters veräußerungs- und verpflichtungsfähig. Doch gibt es hiervon einige Ausnahmen (Erfüllung mit Mitteln, die dem Minderjährigen zu freier Verfügung, zB. als Taschengeld, überlassen sind oder die er durch seinen Fleiß erwirbt, ABGB. §§ 151, 246, 247; Ermächtigung des Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, wodurch der Minderjährige volljährig wird, § 252, oder zum Eintritt in Dienst oder Arbeit, § 246).

γ. Eine vorzeitige Volljährigkeit wurde durch die vom Kaiser (in Österreich vom Gerichte) zu gewährende Volljährigkeitserklärung (venia aetatis) den mehr als 20 Jahr alten Männern und den mehr als 18 Jahr alten Frauen ermöglicht (l. 2 C. de his qui veniam aetatis impetraverunt 2, 44). Die für volljährig Erklärten hatten die Rechtsstellung der Volljährigen (also auch keine in integrum

---

Die Volljährigkeit (das ABGB. sagt auch „Großjährigkeit", zB. §§ 172, 251) tritt mit Zurücklegung des 24. Lebensjahres ein.

Die Volljährigkeitserklärung eines unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen ist erst nach zurückgelegtem 20. Lebensjahre zulässig (§ 252); dieses Erfordernis besteht nicht bei der ausdrücklichen Entlassung aus der väterlichen Gewalt (§ 174), und ebensowenig bei der stillschweigenden Entlassung, beziehungsweise Großjährigkeitserklärung durch Gestattung des Betriebes einer Handlung oder eines Gewerbes durch einen Minderjährigen, seitens der Behörde (Hofd. vom 15. Juni 1835, JGS. Nr. 38).

Eine beschränkte Testierfähigkeit beginnt mit zurückgelegtem 14. Lebensjahre (§§ 21, 569, nur durch mündliche Erklärung vor Gericht), die unbeschränkte Testierfähigkeit mit zurückgelegtem 18. Jahre (§ 569). Für beide Geschlechter beginnt die rechtliche Fähigkeit zur Ehe (Ehemündigkeit) mit vollendetem 14. Lebensjahre (§§ 21, 48). Insolange keine Entlassung aus der väterlichen Gewalt oder Großjährigkeitserklärung erfolgt ist, kann eine gültige Ehe nur mit Einwilligung des ehelichen Vaters, beziehungsweise der Vormundschaftsbehörde erfolgen (ABGB. § 49, 245, vgl. auch §§ 190, 191 des Verfahrens außer Streitsachen, KP. vom 9. August 1854, RGB. Nr. 208).

Die Eidesfähigkeit beginnt mit zurückgelegtem 14. Lebensjahre (CPO. §§ 336, 372, 373, StPO. 170 Z. 4), die Prozeßfähigkeit, d. i. noch CPO. § 1 die Fähigkeit selbständig vor Gericht zu handeln, in der Regel mit der Großjährigkeit, doch bedürfen mündige Minderjährige in Rechtsstreitigkeiten über dasjenige, worüber sie frei verfügen können (ABGB. §§ 151, 246, 247), ferner in Ehestreitigkeiten in betreff der aus der ehelichen Gemeinschaft hervorgehenden bloß persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten der Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters nicht (CPO. § 2 beziehungsweise § 5 des Verfahrens in Ehesachen).

Kinder unter 7 Jahren sind civilrechtlich deliktsunfähig (ABGB. § 1308); für einen durch solche Kinder verursachten Schaden haften jene Personen, denen eine Vernachlässigung der Obsorge über dieselben zur Last fällt (ABGB. § 1309 und StGB. § 376).

Anders sind die Abstufungen im StGB. §§ 2 d und 237 (keine Strafverfolgung der noch nicht 10 Jahre alten, geringere Straffälligkeit der 10—14 Jahr alten, volle Zurechnungsfähigkeit der mehr als 14 Jahre alten Minderjährigen).

restitutio, C. 2, 44, 1); nur waren sie für die Veräußerung und Verpfändung von Grundstücken an die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts gebunden (C. 2, 44, 3); anders ABGB. § 252.[4])

### 2. Gesundheit.

#### a. Körperliche Gebrechen.

Nach rR. (I. 1, 23, 4) können Taube, Stumme und Blinde einer Pflegschaft (cura debilium personarum) unterstellt werden[5]), ohne daß sie dadurch jedoch in ihrer eigenen Handlungsfähigkeit beschränkt werden. Blinde dürfen nur mündlich zu Protokoll und unter Zuziehung eines achten Zeugen (octavus testis subscriptor) oder Notars, Stumme nur schriftlich sua manu testieren. Taubstummgeborenen fehlt die testamenti factio activa gänzlich. Taube oder Stumme können keinen Verbalkontrakt (Stipulation, unten § 71 b) abschließen (D. 45, 1, 1, pr.).

Vorübergehende Krankheit hat keinen Einfluß auf die Handlungsfähigkeit, wird aber, insofern sie die Vornahme einer Rechtshandlung hindert (sog. morbus sonticus) als Entschuldigungsgrund bei Versäumung von Terminen und Fristen beachtet (D. 21, 1, 65, 1; 42, 1, 60; 50, 16, 113).

---

[4]) Keinen Einfluß auf die Handlungsfähigkeit hat (von einzelnen Bestimmungen öffentlich-rechtlicher Art abgesehen: Recht zur Ablehnung von öffentlichen Ämtern, D. 50, 5, 2, 1, und von Vormundschaften, I. 1, 25, 13, mit 70 Jahren, Befreiung vom Kriegsdienste mit 60 Jahren) die Erreichung der senectus; ebensowenig die körperliche Rüstigkeit (anders nach deutschem Recht).

[5]) Taubstumme dürfen nie ohne einen Sachwalter vor Gericht erscheinen (ABGB. § 275).

Nach § 1 c des Ges. vom 25. Juli 1871, RGB. Nr. 76 (zu ABGB. § 883) ist die Gültigkeit aller Urkunden über Rechtsgeschäfte unter Lebenden, die von Blinden, oder die von Tauben, die nicht lesen, oder von Stummen, die nicht schreiben können, sofern dieselben das Rechtsgeschäft in eigener Person schließen, durch die Aufnahme eines Notariatsaktes bedingt. — Nach ABGB. § 591 können Blinde, Taube und Stumme bei letztwilligen Anordnungen nicht Zeugen sein.

### β. Geisteskrankheit.

Nach den 12 Tafeln unterstanden offenbar Wahnsinnige (furiosi) von Rechts wegen der cura ihrer Agnaten. Später erhielten auch sonstige Geisteskranke (dementes, fatui) vom Prätor Kuratoren (cura furiosi). Die Geisteskrankheit hebt die Handlungsfähigkeit völlig auf. Die Geisteskranken sind also weder geschäfts- noch deliktsfähig (D. 9, 2, 5, 2). Aber sie sind es nach röm. Anschauung nur, solange sie unter dem Drucke der Krankheit stehen; in lichten Augenblicken (lucida intervalla) sind sie völlig handlungsfähig (C. 5, 70, 6).[6]) Umgekehrt sind sonst Gesunde für Handlungen, die sie im Zustande vorübergehender Geistesstörung (sinnlose Trunkenheit, Epilepsie) begehen, nicht verantwortlich[7]).

### γ. Verschwendung.

Schon nach uraltem, in den 12 Tafeln vermutlich kodifiziertem[8]) Gewohnheitsrechte konnte dem Verschwender (prodigus) „exemplo furiosi" (D. 27, 10, 1) die Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften, sowie die Verwaltung

---

[6]) Das ABGB. faßt die Geisteskrankheiten unter der Bezeichnung Wahn- oder Blödsinn zusammen. — Geisteskranke sind gleich Kindern unter 7 Jahren völlig geschäftsunfähig. Beide Arten geistiger Minderwertigkeit werden im Entmündigungsverfahren (ABGB. § 273) festgestellt. Während der Dauer der Entmündigung werden lucida intervalla nicht beachtet. Über die Deliktsfähigkeit Geisteskranker vgl. ABGB. § 1308, über ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit StGB. § 2 a—c.

[7]) In D. 24, 2, 3 wird eine im color iracundiae von dem Mann ausgesprochene Ehescheidung als unwirksam behandelt. Zur Klagebegründung gegen das testamentum inofficiosum (s. u.) fingierte man anfangs, der Testator sei beim Testamente quasi non sanae mentis gewesen (D. 5, 2, 2 und 5). Vgl. ABGB. §§ 566, 567.

[8]) Vgl. D. 27, 10, 1, pr.: Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio. quod moribus quidem ab initio introductum est; sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi. Ursprünglich war nur die Vergeudung der bona paterna Entmündigungsgrund. Zu weit geht D. 50, 17, 40: Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est.

(„commercio interdicere") seines Vermögens entzogen („bonis interdicere") und einem curator prodigi übertragen worden. Nach justin. Recht ist der interdizierte Verschwender gleich einem Unmündigen (S. 240) erwerbs- aber nicht verpflichtungsfähig (D. 45, 1, 6) und entbehrt auch der Testierfähigkeit (D. 28, 1, 18, pr.).[9]) Auf die Deliktsfähigkeit hat die Interdiktion natürlich keinen Einfluß.

3. Geschlecht.

Die heute fast durchgeführte (S. 185) Gleichstellung der Geschlechter (Frauenemanzipation) war dem rR. unbekannt.

α. Die römische Frau blieb anfänglich ihr Leben lang unter der Aufsicht eines Mannes, entweder des pater familias oder — falls sie durch Eingehung einer Manusehe (§ 143 c 3) aus der angestammten Familie ausschied — ihres Ehemanns, oder, falls sie weder einer patria potestas noch einer manus unterstand, unter der tutela legitima des nächsten Agnaten, als Freigelassene ihres Patrons. Befreit waren nur die Vestalinnen und nach der lex Iulia et Papia (S. 97[5])) Frauen, die als Freie drei, als Freigeborene vier Kinder hatten[10]). Nach Ulp. fragm. 11, 1 ist diese tutela mulierum vorgeschrieben „propter sexus infirmitatem et forensium rerum ignorantiam". Gajus (G. 1, 190) erklärt aber die Begründung der Frauentutel aus der „levitas animi" der Weiber für eine magis speciosa quam vera ratio und führt aus, daß der wahre Grund in dem Bestreben zu finden sei, das Frauenvermögen den Agnaten als den (in früherer Zeit allein in Betracht kommenden,

[9]) Nach ABGB. § 273 ist die Entmündigung einer Person als Verschwender nur zulässig, wenn durch die Vermögensvergeudung die Gefahr eines Notstands begründet wird. Der entmündigte Verschwender ist gleich einem mehr als 7 Jahr alten Minderjährigen beschränkt geschäftsfähig (§ 865). Er kann ferner durch letzten Willen nur über die Hälfte seines Vermögens verfügen; die andere Hälfte fällt den gesetzlichen Erben zu (§ 568; vgl. auch ABGB. § 718).

[10]) Das ius trium vel quatuor liberorum, das auch für die Erwerbsfähigkeit aus Testamenten Bedeutung hat (s. u.), wurde in der Kaiserzeit auch kinderlosen Frauen durch kaiserliches Privileg verliehen.

S. 147) gesetzlichen Erben zu erhalten. Das ergibt auch die Gestaltung der Frauentutel. Die mündige Frau war geschäftsfähig und verwaltete ihr Vermögen grundsätzlich selbständig, nur konnte sie gewisse und zwar gerade die die familia (das ererbte Hausgut) im Gegensatze zur pecunia (S. 57[5])) betreffenden Akte des ius civile nicht ohne ihren tutor vornehmen, der sie somit durch Verweigerung der auctoritatis interpositio an der Vornahme dieser Rechtsgeschäfte und damit an der Zuwendung der wichtigeren Vermögensstücke an einen Fremden hindern konnte. Die Frau konnte nämlich ohne ihren tutor keine res mancipi veräußern, keine Verpflichtungen übernehmen, keine dos bestellen, keine Erbschaft erwerben, kein Testament machen und keine gerichtliche Handlung (lege agere) vornehmen (G. 1, 192). Daß bei der tutela legitima des nächsten Agnaten vorwiegend dessen, und nicht der Frau Interesse maßgebend war, zeigte sich auch in der Bestimmung, daß die tutela legitima auch solchen Agnaten zufiel, die wegen Abwesenheit, Unmündigkeit oder Wahnsinn zu ihrer Ausübung nicht imstande waren und daß der tutor legitimus sein Recht im Wege einer in iure cessio auf einen Anderen (tutor cessicius) übertragen konnte. In ersterem Falle erhielt die Frau, falls die auctoritatis interpositio erforderlich wurde, einen tutor dativus durch den Prätor (G. 1, 168 ff.).

Die tutela legitima war für die Frauen äußerst lästig, denn sie waren für alle erheblicheren Geschäfte vom guten Willen des Geschlechtsvormunds abhängig. Claudius hob daher die tutela legitima auf. Jedoch blieb trotz der lex Claudia die legitima parentum ac patronorum in ihrer bisherigen Schärfe erhalten (G. 1, 157, vgl. aber 2, 122). Schon vorher wurde sie dadurch umgangen, daß die Frau unter bestimmten Voraussetzungen statt des tutor legitimus einen tutor alterius generis erhalten konnte, der im Gegensatze zu jenem nur eine formelle Stellung hatte. Während nämlich der tutor legitimus, wenn er die von der Frau erforderte auctoritatis interpositio ablehnte, nur ex magna causa (G. 1, 192) vom Prätor zu deren Erteilung angehalten werden konnte, war gegenüber dem tutor alterius

generis ein solcher Zwang (wie man heute sagen würde: Ersetzung der Genehmigung des Vormunds durch das Vormundschaftsgericht, zB. ABGB. § 52 u. §§ 190, 191 des KP. vom 9. August 1854, RGB. Nr. 208) in allen Fällen zulässig. Ein tutor alterius generis konnte an Stelle des tutor legitimus treten, wenn der Mann in seinem Testamente der in manu befindlichen Frau einen solchen bestellte (tutor testamentarius) oder ihr die Wahl eines Vormunds (tutor optivus), sei es für bestimmte (optio angusta) oder für alle Male (optia plena), überließ und ferner durch Eingehung einer zum Schein (dicis causa, tutelae evitandae causa) geschlossenen Manusehe mit einem Fremden, meist einem Greise; dann entließ der Scheinehemann gemäß der Abrede (pactum fiduciae, S. 151[5])) die Frau aus der manus und wurde nun ihr tutor fiduciarius mit der geringeren Stellung eines tutor alterius generis.

In der 4. Periode war die Frauentutel völlig veraltet.

Eine weitere Beschränkung ihrer Handlungsfähigkeit erleiden die Frauen auch in Ansehung des bürgerlichen Rechts durch den das rR. auch noch in der letzten Zeit beherrschenden Grundsatz, daß das Weib in allen Angelegenheiten öffentlich-rechtlicher Natur nicht mitzusprechen habe (heute im Anschluß an 1. Kor. 14, 34 durch den Satz ausgedrückt: mulier taceat in ecclesia).[11]) Sie können daher vor allem als Solennitätszeugen (d. h. in Fällen, in denen die Zuziehung von Zeugen zur Form des Rechtsgeschäfts gehört, zB. bei der Testamentserrichtung) nicht mitwirken, und zwar für sich, aber nicht für andere vor Gericht auftreten[12]).

β. Die vorstehend aufgeführten Beschränkungen stellen sich als privilegia odiosa der Frauen dar. Ihre „animi

---

[11]) D. 50, 17, 2, pr.; vgl. S. 185.

[12]) Über Grund und Anlaß dieser durch den Prätor eingeführten Maßregel bestimmt D. 3, 1, 1, 5: ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres: origo vero introducta est a Carfania (die „Calefurnia" des Sachsenspiegels II, 63, 1) improbissima femina, quae inverecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto.

levitas" und „forensium rerum ignorantia" hat aber auch Beschränkungen ihrer Geschäftsfähigkeit in ihrem eigenen Interesse veranlaßt (sog. beneficia muliebria). Dazu gehört die außergewöhnliche Berücksichtigung des Rechtsirrtums bei Frauen (unten § 43 d) und vor allem die Interzessionsbeschränkungen, d. h. die Erschwerung des Eintretens für fremde Verbindlichkeiten.

Durch Edikte von Augustus und Claudius wurde die Interzession (Bürgschafts- oder Schuldübernahme) zunächst der Ehefrauen für ihre Ehemänner, dann durch das SC. Velleianum (46 n. Chr.) der Frauen überhaupt verboten. Gegen Klagen aus übernommenen Verbindlichkeiten wurde den Frauen eine exceptio SC. Velleiani gewährt, es sei denn, daß die Frau den Gläubiger getäuscht oder die Interzession gegen Entgelt geleistet hatte. Die Interzession war hiernach nicht ipso iure nichtig, sondern nur ope exceptionis anfechtbar. Justinian dagegen führte Nichtigkeit jeder Weiberinterzession ein, die nicht öffentlich (instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato) beurkundet war, und bestimmte endlich in Novelle 134, von der die Glossatoren einen Auszug als Authentica „Si qua mulier" zu l. 22 C. ad SC. Velleianum 4, 29 machten, daß Interzessionen von Ehefrauen für ihre Ehemänner stets, also auch bei Beobachtung der vorgeschriebenen Form, nichtig sein sollten[13]).

4. Familienstand.

*a.* Die Stellung einer Frau als Ehefrau führt nach rR. eine Beschränkung ihrer Geschäftsfähigkeit nicht herbei.

---

[13]) Bei der Rezeption wurden diese Grundsätze dahin verändert, daß die Interzession stets gültig sein sollte, wenn die Frau sie eidlich bestärkt oder in einer öffentlichen Urkunde nach Belehrung (Certioration) auf die ihr zustehende Rechtswohltat verzichtet hatte.

Im 19. Jahrhundert sind die Interzessionsbeschränkungen der Frauen fast völlig beseitigt worden. Das ABGB. anerkennt in dieser Hinsicht keine Sonderstellung der Frau, indem es im § 1349 bestimmt, daß fremde Verbindlichkeiten ohne Unterschied des Geschlechtes jedermann auf sich nehmen könne, dem die freie Verwaltung seines Vermögens zusteht.

Sie erleidet durch ihre Verheiratung, soweit sie nicht eine Manusehe einging, sogar hinsichtlich der Verfügungsbefugnis (S. 238) über ihr Vermögen an sich keine Einbuße. Nur die von ihr als Heiratsgut (dos) bestimmten Vermögensstücke, nicht auch ihr sonstiges Vermögen (parapherna), gehen in das Eigentum des Mannes über und werden damit ihrer Verfügungsgewalt entzogen. Viel energischer wirkt die Eingehung der schon in der ersten Kaiserzeit unpraktischen (unten § 143 c zu besprechenden) Manusehe; hierbei geht im Wege einer adquisitio per universitatem (S. 230) das gesamte gegenwärtige und zukünftige Aktivvermögen ipso iure in das Eigentum des Mannes über. Ihre Geschäftsfähigkeit ist aber hierbei ebensowenig beeinträchtigt, wie die der Hauskinder, denen sie überhaupt gleichsteht (filiae familias loco).

β. Auch das mündige Hauskind ist nach rR. in seiner Geschäftsfähigkeit nur insofern beschränkt, als es nach dem SC. Macedonianum (unten § 93 b) nicht ohne Genehmigung des Gewalthabers darlehnsfähig ist; es ist also insbesondere verpflichtungsfähig. Da das Hauskind aber nach früherem Rechte mit Rechtsnotwendigkeit alles für den pater familias erwirbt (S. 148), so hat es anfänglich die Verfügungsbefugnis nur über das ihm vom Gewalthaber als peculium profecticium zur selbständigen Verwaltung überlassene Sondervermögen, erst später auch über gewisse von ihm erworbene und ihm angefallene Vermögensteile (peculium castrense und quasi castrense, bona adventicia irregularia, S. 158).[14])

---

[14]) Als nach den Bestimmungen der Reichspolizeiordnungen die nicht unter väterlicher Gewalt stehenden mündigen Minderjährigen in ihrer Geschäftsfähigkeit den unmündigen Minderjährigen gleichgestellt wurden (S. 243[3])), wurde dieser Grundsatz auch auf die unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen ausgedehnt, so daß also nach Gemeinem Recht alle Minderjährigen von 7—25 (später 21) Jahren beschränkt geschäftsfähig, d. h. zwar selbständig erwerbs-, aber nur mit Genehmigung des Gewalthabers (Vaters oder Vormunds) veräußerungs- und verpflichtungsfähig waren. Volljährige Hauskinder waren dagegen nach Gemeinem Recht — von ihrer beschränkten Darlehnsfähigkeit und

## Willenserklärung.

### § 43. Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung.

Eine Willenserklärung, die auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges (Begründung, Änderung, Untergang von Rechtsverhältnissen) gerichtet und nach der Rechtsordnung hierzu geeignet ist (oben S. 231), pflegt man als Rechtsgeschäft (in den Quellen negotium, gestum, zB. D. 4, 4, 1, 1) zu bezeichnen. Eine solche Willenserklärung kann nun aber den erstrebten Erfolg grundsätzlich nur dann haben, wenn die beiden in diesem Begriff enthaltenen Elemente, der Willensentschluß und die diesen der Außenwelt mitteilende Erklärung, miteinander übereinstimmen. Unter gewissen Umständen fehlt es an dieser Übereinstimmung, und es fragt sich dann, was Geltung behält, das Gewollte oder das davon abweichend Erklärte[1]). Die Beantwortung dieser

---

der mangelnden Verfügungsbefugnis über das nicht freie Vermögen (bona adventicia regularia) abgesehen — selbständig veräußerungs- und verpflichtungsfähig.

Nach ABGB. endet die väterliche Gewalt, den Fall ihrer gerichtlichen Verlängerung (§ 172) ausgenommen, spätestens mit der Volljährigkeit des Hauskindes; es gibt also keine volljährigen Hauskinder mehr, und die Eigenschaft eines Hauskindes hat daher, da minderjährige Hauskinder und andere Minderjährige in ihrer Geschäftsfähigkeit auch nach ABGB. gleichstehen, überhaupt keine Bedeutung für die Geschäftsfähigkeit.

[1]) Im Gemeinen Rechte sind hierfür drei Theorien aufgestellt worden:

a. Nach der Willenstheorie (Savigny, Windscheid) kommt es ausschließlich auf den wahren Willen an. Ist dieser unrichtig erklärt und wird dies bewiesen, so ist das Rechtsgeschäft nichtig.

b. Nach der Erklärungstheorie (Leonhard, Kohler) kommt es umgekehrt ausschließlich auf das Erklärte an. Das Rechtsgeschäft ist also auch bei einem Zwiespalte zwischen Willen und Erklärung wirksam.

c. Nach der Vertrauens- (Verkehrs-, Läsions-) theorie (Dernburg, Regelsberger) ist bei Zwiespalt zwischen Willen und Erklärung das Geschäft regelmäßig nichtig. Es ist jedoch dann rechtsbeständig, wenn die Erklärung ihrem Empfänger als Ausdruck des wahren Willens des Erklärenden erscheinen konnte und mußte.

Frage ist nach römischem wie nach modernem Rechte von der Art des die Nichtübereinstimmung veranlassenden Umstands abhängig.

a. Bewußter Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung.

Vielfach werden Willenserklärungen abgegeben, deren Nichtübereinstimmung mit dem wahren Willen des Erklärenden diesem bewußt ist.

1. Mentalreservation.

Reservatio mentalis nennt man den inneren Vorbehalt desjenigen, der eine Willenserklärung abgibt, das Erklärte nicht zu wollen. Ein derartiger Vorbehalt ist bedeutungslos. Maßgebend ist also das Erklärte, es sei denn, daß der Erklärungsempfänger den Vorbehalt kennt, dann ist die Erklärung nichtig (vgl. ABGB. § 869).

2. Simulation.

Ein simuliertes oder Scheingeschäft[2]) liegt vor, wenn die bei einem Vertrag oder einem einseitigen, aber einer bestimmten Person gegenüber abzugebenden (empfangsbedürftigen, S. 232) Rechtsgeschäfte Beteiligten in gegenseitigem Einverständnisse eine ihrem wahren Willen nicht entsprechende Erklärung abgeben. Bei der Mentalreservation spiegelt der Erklärende dem Erklärungsempfänger einen Willen vor, den er nicht hat, beim simulierten Geschäft sind der Erklärende und der Erklärungsempfänger an der Vorspiegelung beteiligt; dort ist also der Erklärungsempfänger, hier ein Dritter derjenige, der getäuscht werden soll.

Die einem Anderen mit seinem Einverständnisse nur zum Schein abgegebene Willenserklärung (Eigentumsübertragung, Kauf, Kündigung) ist diesem gegenüber jedenfalls

---

[2]) Mit den hier behandelten Scheingeschäften, bei denen zum Zweck einer Täuschung nach außen der Anschein eines in Wahrheit nicht vorgenommenen Geschäfts erweckt wird, nicht zu verwechseln sind die als Rechtsformen dienenden Scheingeschäfte, zB. die mancipatio nummo uno (S. 150) und die in iure cessio (S. 151[6]). Hierbei ist von einer Täuschung keine Rede (vgl. unten S. 255[5]).

bedeutungslos; einem Dritten gegenüber, der sich auf ihre Rechtsbeständigkeit verläßt, kann sie nach dem, wenigstens das moderne Recht in vollem Umfange beherrschenden (vgl. ABGB. §§ 367, 456) Grundsatz des Schutzes des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten wirksam sein[3]).

Zuweilen wird ein simuliertes Geschäft vorgenommen, ohne daß die Beteiligten überhaupt ein Geschäft abschließen wollen, so bei den „Schiebungen" seitens zahlungsunfähiger Schuldner (Anm. 3). Vielfach aber wollen die Beteiligten ein Geschäft vornehmen, verdecken dies jedoch aus besonderen Gründen, indem sie nach außen hin ein anderes vorspiegeln. Dann nennt man das erklärte, aber nicht gewollte Geschäft *simuliert*, das gewollte, aber nicht erklärte Geschäft *dissimuliert* (Hexameter: quae non sunt simulo, quae sunt ea dissimulantur); zB. A will dem B mündlich ohne wirkliche Übergabe ein Pferd schenken, zur Umgehung des Formerfordernisses des § 943 ABGB. (Schriftlichkeit)[4]) verkauft er es ihm für eine Kleinigkeit: der Kauf ist simuliert, die Schenkung dissimuliert (vgl. zB. D. 18, 1, 36 und 38; 19, 2, 46). Das simulierte Geschäft ist in jedem Falle nichtig; ob das dissimulierte gilt, richtet sich nach rR. (C. 4, 22: Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur) und ABGB. (§ 916) nach den für dieses Geschäft geltenden Vorschriften. Es kommt also darauf an, ob das dissimulierte Geschäft ein erlaubtes ist (vgl. ABGB. §§ 879, 1071, 1371, 1372) und ob die für dasselbe gegebenen Vorschriften nach Form und Inhalt beachtet sind. Ein in einen Kaufvertrag gekleidetes Schenkungsversprechen ist also zB. nach ABGB. nur gültig,

---

[3]) ZB. A läßt sein Grundstück, um es dem Zugriffe seiner Gläubiger zu entziehen, nach Vereinbarung mit B diesem auf. B verkauft es an C und läßt es ihm auf; dann kann A das Grundstück von C zurückverlangen, wenn C wußte, daß Bs Eintragung als Eigentümer im Grundbuch auf einer simulierten Auflassung beruhte, nicht aber, wenn er gutgläubig war. Vgl. unten § 121.

[4]) Schenkungsverträge ohne wirkliche Übergabe bedürfen zu ihrer Gültigkeit eines Notariatsaktes (Ges. vom 25. Juli 1871, RGB. Nr. 76).

wenn dem Erfordernis der Errichtung eines Notariatsaktes genügt ist[5]).

### 3. Mangel der Ernstlichkeit.

Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig (ABGB. § 869); so wenn sie im Scherz, als Lehrbeispiel, in einem Theaterstück abgegeben ist (D. 44, 7, 3, 2: per iocum vel demonstrandi causa). Durch den Mangel der Täuschungsabsicht unterscheidet sich die nicht ernstliche von der simulierten Willenserklärung, durch die Erwartung, die Nichternstlichkeit werde erkannt werden, von der unter einer Mentalreservation abgegebenen. Steht fest — was der Erklärende beweisen muß —, daß die nicht ernstliche Erklärung in dieser Erwartung abgegeben ist, dann wird sie auch dadurch nicht wirksam, daß der Erklärungsempfänger oder ein dritter Interessent sie als ernstliche aufgefaßt hat. Nur kann in solchem Falle der Erklärende zum Ersatze des Schadens verpflichtet sein, den jemand dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut (ABGB. §§ 872, 878, 1331, sog. negatives Interesse, unten § 71[21]).

---

[5]) Mit den simulierten Geschäften sind die fiduziarischen nicht zu verwechseln. Bei diesen wählen die Beteiligten, um einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen, eine Rechtsform, die einen weiteren als den eigentlich bezweckten Erfolg herbeiführt. Der eine Teil „vertraut" hierbei (daher der Name), daß der andere von der ihm eingeräumten Rechtsmacht keinen vertragswidrigen Gebrauch machen wird. ZB. A will dem B eine Sache verpfänden; er überträgt sie ihm aber zu Eigentum, sei es, daß das Recht keine eigentliche Verpfändung kennt (so entstand die fiducia des ältesten rR., unten § 138 b) oder nur eine Verpfändung durch Übergabe zuläßt, während der Verpfänder die Sache doch nicht aus der Hand geben will (vgl. ABGB. § 451).

Derartige fiduziarische Geschäfte sind nicht simuliert; denn sie sind von den Beteiligten ernstlich gewollt. Es kann sich nur fragen, ob die Beteiligten die benutzte Rechtsform gewählt haben, um ein Verbotsgesetz zu umgehen; dann ist das Geschäft, als in fraudem legis vorgenommen, nichtig.

### b. Unbewußter Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung (Irrtum).

#### 1. Begriff des Irrtums.

Irrtum ist der dem Erklärenden nicht zum Bewußtsein gekommene Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung. Dieser Zwiespalt kann entweder darauf beruhen, daß etwas anderes als das ernstlich Gemeinte erklärt ist (Erklärungsirrtum, zB. Maler A will für ein Bild 100 Gulden haben, fordert aber infolge Verschreibens 100 Kronen, was der Käufer B annimmt, vgl. D. 28, 5, 9, pr.); oder darauf, daß die abgegebene Erklärung selbst gewollt ist, aber die Vorstellung von der rechtlichen Bedeutung des Erklärten irrig ist (Geschäftsirrtum, zB. mein Papierhändler schickt mir zu Weihnachten einen Abreißkalender zu; ich behalte ihn in der Meinung, er sei eine Zugabe, also ein Geschenk, später stellt sich heraus, daß der Kalender mir nur zur Ansicht, also zum Kauf, zugesandt war). Mit dem Geschäftsirrtum ist der Irrtum im Beweggrunde (S. 234[3]) nicht zu verwechseln; bei jenem ist die Erklärung, bei diesem der dieser Erklärung zugrunde liegende Wille durch einen Irrtum beeinflußt. Ein Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung ist beim Irrtum im Beweggrunde also tatsächlich nicht vorhanden, daher ist der Irrtum im Beweggrunde regelmäßig bedeutungslos (S. 262[3]); zB. mein Papierhändler schickt mir den Abreißkalender als Weihnachtsgabe in der Annahme zu, ich würde auch im nächsten Jahre sein Kunde bleiben, was nicht der Fall ist[6]).

#### 2. Einfluß des Irrtums.

*a.* Nicht jede falsche Vorstellung, sei sie ein Nichtwissen (error) oder ein Falschwissen (ignorantia) oder bei Ver-

[6]) Savigny bezeichnete den Irrtum im Beweggrunde, weil er unmittelbar eine Rechtswirkung hat, als echten Irrtum (zB. A zahlt an B 1000 K. in der irrigen Meinung, sie ihm zu schulden, dann ist die dem A erwachsende condictio indebiti die unmittelbare Folge seines Irrtums); den Geschäftsirrtum dagegen bezeichnet er als unechten Irrtum, indem er ausführt, daß hierbei nicht der Irrtum als solcher eine unmittelbare Rechtswirkung hat, sondern nur die aus diesem Irrtume sich ergebende Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung.

trägen eine mißverständliche Auffassung der gegnerischen Erklärung (dissensus) — wird vom Rechte beachtet. Der Satz errantis nulla voluntas (D. 39, 3, 20) geht also zu weit. Der Irrtum, der auf den Rechtsbestand einer Willenserklärung von Einfluß ist, heißt (heute) wesentlich (error essentialis), der bedeutungslose Irrtum unwesentlich (error concomitans).

a. Zuweilen wird der Irrtum nur beachtet, wenn er entschuldbar ist, d. h. wenn der Irrende ohne grobes Verschulden (D. 22, 6, 9, 2) zu der irrigen Vorstellung gelangt ist (sog. error probabilis). Bei der Interzession einer Ehefrau (S. 250) und der Darlehnsaufnahme eines Hauskindes (unten § 93 b) fällt zB. die für die Regel eingreifende exceptio SC. Velleiani und Macedoniani fort, wenn der Gläubiger der Frau oder des Hauskindes über deren Familienstand sich im Irrtume befand, dieser Irrtum muß aber entschuldbar sein (D. 16, 1, 17, pr., D. 14, 6, 3, pr.). Ferner ist die wegen irriger Zahlung einer Nichtschuld gegebene condictio indebiti (unten § 111 b) nur gegeben, wenn der Zahlende sich in entschuldbarem Irrtume befand (D. 22, 3, 25, pr.). Über den Einfluß der Entschuldbarkeit auf die Behandlung der im Irrtum abgegebenen Willenserklärung vgl. unten S. 260[11]).

Für die Fälle, in denen nur der entschuldbare Irrtum beachtet wird, fragt es sich, ob nur der Irrtum in Tatsachen (error facti) oder auch eine irrige Vorstellung über das objektive Recht (error iuris) als entschuldbar anzusehen ist. Das ältere rR. stellte die dem damaligen leicht zu übersehenden Rechtszustande entsprechende Regel auf: iuris ignorantia cuique nocet, facti vero ignorantia non nocet (D. 22, 6, 9, pr.). Später (D. 22, 6 und C. 1, 18: De iuris et facti ignorantia) wird dieser Satz gemildert: auch der Rechtsirrtum wird als entschuldbar behandelt, wenn die Einholung der erforderlichen Rechtsbelehrung untunlich war (D. 22, 6, 9, 3) und er wird ferner Minderjährigen stets (D. 22, 6, 9, pr.), Frauen (D. 22, 6, 8), Soldaten (D. 22, 6, 9, 1) und Ungebildeten (rustici, D. 49, 14, 2, 7) in der Regel nachgesehen. Sehr

bestritten ist der Sinn des in D. 22, 6, 7 wiedergegebenen Satzes Papinians: iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. Das ABGB. stellt den Rechtsirrtum dem nicht entschuldbaren Tatsachenirrtum gleich (ABGB. §§ 2 u. 876, s. auch Anm. 11).

b. Aber auch der entschuldbare Irrtum beeinflußt die Rechtswirksamkeit der abgegebenen Willenserklärung nach rR. nur dann, wenn er ist:

1) error in negotio, d. h. ein Irrtum über die Geschäftsart, zB. A übergibt dem B eine Sache damit er sie ihm verwahre, B glaubt, A wolle sie ihm schenken (D. 12, 1, 18: si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias);

2) error in persona, d. h. ein Irrtum über die Geschäftspartei[7]);

---

[7]) Vgl. die berühmte l. 32 D. de rebus creditis 12, 1 (Celsus): Si et me et Titium mutuam pecuniam (Darlehen) rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim; tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto (ich trage Bedenken), si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

Juventius Celsus gibt hier — in das moderne Geschäftsleben übersetzt — etwa folgenden Fall: A hatte sich an B und C wegen eines Darlehns gewandt. B weist seinen Bankier X an, für seine Rechnung an A 1000 K. zu zahlen. A nimmt die 1000 K. von X in der Meinung an, sie seien ihm auf Cs Veranlassung zugesandt. Dann ist, so lautet die Entscheidung, wegen dieses Irrtums des A in der Person seines Gläubigers ein Darlehen zwischen A und B nicht zustande gekommen. B habe auf Rückzahlung seines Geldes daher keinen Darlehnsanspruch (condictio mutui), sondern nur einen Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung (condictio sine causa; die später mit Rücksicht auf diese Stelle sog. condictio Iuventiana). Nach der heutigen Auffassung wäre ein Darlehnsvertrag zwischen A und B sehr wohl zustande gekommen, denn dem A war es, da er sich ja an beide gewandt hatte, ganz gleichgültig, ob er das Darlehen von B oder von C erhielt.

3) error in obiecto, d. h. ein Irrtum über den Geschäftsgegenstand[8]);

4) error in substantia et qualitate, d. h. ein Irrtum über Eigenschaften des Geschäftsgegenstands, die nach der Verkehrsanschauung als erheblich anzusehen sind[9]).

Ob ein error in quantitate wesentlich ist, hängt vom einzelnen Fall ab; er ist zB. wesentlich, wenn A dem B eine Sache für „100" verkauft, A Kronen, B Heller meint, nicht aber im umgekehrten Falle (D. 50, 17, 110: in eo, quod plus sit, semper inest et minus).[10])

---

[8]) Vgl. zB. D. 18, 1, 9, pr.: In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est.

[9]) Nach älterem rR. war der error in substantia überhaupt einflußlos; nach späterem war er nur dann erheblich, wenn die irrig als vorhanden vorausgesetzte Eigenschaft die Gattungszugehörigkeit des Geschäftsgegenstands bestimmt. Daher galt als erheblich der Irrtum über das Geschlecht eines Sklaven, nicht aber über die Virginität einer Sklavin (D. 18, 1, 11), darüber ob ein Gefäß von echtem oder unechtem Metall ist, nicht aber über den Feingehalt an echtem Metall (D. 18, 1, 10 und 14), darüber, ob eine Flüssigkeit Wein oder Essig sei, nicht aber über die Güte des Weins (vgl. die berühmte, auch das Fortschreiten der Verkehrsanschauung wiedergebende l. 9 § 2 D. 18, 1: Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur).

Für das Gemeine Recht ist der allgemeine Grundsatz anzuerkennen, daß als wesentlich der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache gilt, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

[10]) Da die Vereinbarung über die Quantität zumeist nicht als Hauptgegenstand des Vertrages, sondern nur als Nebenumstand anzusehen ist, gilt nach österr. Recht ein Irrtum über die Quantität in

β. Liegt ein wesentlicher Irrtum vor, so ist ein wahrer Wille nicht erklärt, die Erklärung kann also nach der Rechtslogik keine Folgen haben, muß vielmehr nichtig sein (D. 34, 5, 3: qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur).[11])

---

der Regel als unwesentlicher. Es bleibt daher der Vertrag trotz dieses Irrtums gültig, jedoch ist dem Irregeführten von dem Urheber des Irrtums eine angemessene Vergütung zu leisten (ABGB. § 872).

Nur wenn die vorzügliche Absicht der Kontrahenten auf diesen Nebenumstand, nämlich auf die Quantität, gerichtet und erklärt war, entsteht für den Irregeführten keine Verbindlichkeit (ABGB. §§ 871, 872; vgl. auch Anm. 11). —

[11]) In der Tat haben die Anhänger der Willenstheorie (S. 252[1])) für das Gemeine Recht diese Folgerung mit aller Schärfe gezogen. Sie nehmen absolute Nichtigkeit der im wesentlichen Irrtum abgegebenen Erklärung an und zwar ohne zu unterscheiden, ob er entschuldbar oder unentschuldbar war und mit der Wirkung, daß auch der Gegner des Irrenden und jeder Dritte diese Nichtigkeit geltend machen könne. Die Anhänger der Erklärungs- und der Verkehrstheorie ließen dagegen meist nur relative Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Geschäfts durch den Irrenden eintreten; sie unterschieden ferner, soweit es sich um Verkehrsgeschäfte (d. h. um die den Vermögensverkehr vermittelnden entgeltlichen Geschäfte im Gegensatze zu den lukrativen sowie den familien- und erbrechtlichen) handelte, ob der Irrtum entschuldbar oder unentschuldbar war, und ließen die Anfechtung nur bei Entschuldbarkeit zu (Dernburg). Soweit das Geschäft unwirksam war, gaben die Anhänger beider Theorien dem Gegner einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse.

Nach ABGB. §§ 871, 877 ist die in einem vom anderen Kontrahenten herbeigeführten wesentlichen Irrtum abgegebene Willenserklärung nicht nichtig, sondern nur seitens des Erklärenden und zwar, wenn sich der andere Vertragsteil keiner List schuldig gemacht hat binnen 3 Jahren (ABGB. § 1487), nach erhaltener Kenntnis des Irrtums anfechtbar; gleichgültig ist es hierbei, ob es sich um tatsächlichen oder Rechtsirrtum, um ein Verkehrs- oder ein anderes Geschäft handelt und ob der Irrtum entschuldbar ist oder nicht. Wird die Willenserklärung infolge der Anfechtung unwirksam, so ist das negative Vertragsinteresse zu ersetzen, auch hier ohne Unterschied, ob der Anfechtende entschuldbar oder unentschuldbar irrte.

Der im ABGB. nicht besonders erwähnte Irrtum, welcher durch unrichtige Übermittlung entstanden ist, ist nach ABGB. §§ 875, 876 zu beurteilen. — Der Vertrag ist in diesem Falle gültig, wenn dem Gegenteile der obwaltende Irrtum nicht offenbar aus den Umständen auffallen mußte (vgl. Krainz, System § 106). —

## § 44. Betrug und Zwang.

Eine Willenserklärung kann unter Umständen die beabsichtigte Rechtswirkung nicht herbeiführen, obgleich sie dem Willen des Erklärenden im Augenblicke der Erklärung entspricht, also ein Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung, wie in den Fällen des § 43, gar nicht vorliegt. Es handelt sich hierbei um eine rechtswidrige Einwirkung seitens einer Person auf den Willen des Erklärenden. Als solche Umstände kommen Zwang und Betrug in Frage.

### a. Betrug.

#### 1. Begriff.

Betrug im civilrechtlichen Sinne[1]) (dolus; fraus genannt, wenn er seitens des Schuldners auf Verkürzung der Gläubiger gerichtet ist) ist eine vorsätzliche rechtswidrige Täuschung bei einem Rechtsgeschäfte (machinatio quaedam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur, D. 4, 3, 1, 2). Der Betrug kann verübt werden durch Vorspiegelung erdichteter oder absichtliche Entstellung vorhandener Tatumstände oder durch Unterdrückung von Tatsachen, zu deren Mitteilung eine rechtliche Pflicht besteht, also durch Benutzung eines beim Gegner vorhandenen Irrtums[2]).

---

[1]) Im strafrechtlichen Sinne (StGB. § 197) kommen zu dem Begriffsmerkmale der rechtswidrigen Täuschung als weitere Begriffsmerkmale hinzu, daß die Vorspiegelung eine Irreführung zur Folge hat, durch welche jemand an seinem Eigentum oder an anderen Rechten Schaden leiden soll. Civilrechtlicher Betrug kann aber zB. auch bei einer Eheschließung in Frage kommen (Täuschung des Bräutigams über Virginität der Braut).

[2]) Das hängt von der Art des Rechtsgeschäfts (zB. besteht für Versicherungsgeschäfte ein besonderes „Recht auf Wahrheit" des Versicherers) und dem einzelnen Fall ab. Der in D. 4, 4, 16, 4 aufgestellte Satz: in emptionibus et venditionibus naturaliter licere contrahentibus se circumvenire ist jedenfalls als allgemeine Norm nicht anzuerkennen, insbesondere nicht für das ABGB., welches bei entgeltlichen Verträgen zur Gewährleistung verpflichtet (vgl. §§ 922, 923 und 928).

Es handelt sich also beim Betrug um die rechtswidrige Hervorrufung eines Irrtums beim Erklärenden, sei es, daß dieser Irrtum die Erklärungshandlung beeinflußt (der Versicherungsagent A liest dem B den vereinbarten über 5000 K. lautenden Versicherungsvertrag vor, ersetzt ihn aber, ehe B unterschreibt, heimlich durch einen über 50000 K. lautenden) oder den Erklärungswillen (A gibt dem B, um ihn zum Versicherungsantrage zu bewegen, die Prämie auf die Hälfte der wahren Höhe an). In den letzteren Fällen handelt es sich um Hervorrufung eines Irrtums im Beweggrunde. Ein derartiger Irrtum als solcher wird vom Rechte grundsätzlich[3]) nicht beachtet (falsa causa non nocet); ist er jedoch durch Betrug hervorgerufen, so werden ihm Rechtswirkungen beigelegt. Da hierbei nicht der Irrtum als solcher, sondern die den Irrtum hervorrufende Täuschung Rechtsfolgen hat, treten diese nur dann ein, wenn zwischen der Täuschung und dem Willensentschluß ein Kausalnexus, d. h. das Verhältnis von Ursache und Wirkung, besteht.

2. Rechtsfolgen des Betrugs.

Das römische Recht (D. 4, 3, C. 2, 20: De dolo malo) gewährte bei bonae fidei negotia (unten § 59[14]) dem Betrogenen, der noch nicht erfüllt hatte, die exceptio doli (specialis, unten § 60 b 1) auch ohne besondere Verabredung (doli exceptio bonae fidei iudiciis inest). War die Leistung schon erfolgt, dann konnte der Betrogene sie durch die Kontraktsklage oder durch in integrum restitutio propter dolum zurückverlangen. Bei stricti iuris negotia kam dagegen dolus nur dann in Frage, wenn bei dem Vertragsschlusse, zB. einer Stipulation, als accidentale negotii die clausula doli beigefügt war: dolum malum (so nannte das prätorische Edikt die rechtswidrige böswillige

[3]) Der Irrtum im Motive hat nur Bedeutung als Voraussetzung der Rückforderung der Leistung auf eine Nichtschuld (condictio indebiti, unten § 111 b) und im Testamentsrecht irrige Annahme des Todes oder der Verwandtschaft einer Person (vgl. D. 5, 2, 27, 4 und 5, 2, 28; 28, 5, 93; 49, 14, 46, pr.; nach ABGB. ist er in der Regel bedeutungslos vgl. §§ 572, 901).

Täuschung im Gegensatze zum dolus bonus, wie er zB. als Kriegslist dem Feinde, dem Räuber gegenüber zulässig sei, D. 4, 3, 1, 3) abesse et abfuturum esse. Erst durch ein Edikt des Prätors Cassius aus dem letzten Jahrhundert der Republik wurde die exceptio doli (specialis) auch bei stricti iuris negotia ohne weiteres gewährt. Durch ein Edikt des Prätors Aquilius Gallus (des Freundes Ciceros, um 66 v. Chr.) wird endlich eine allgemeine, aber nur subsidiär, d. h. beim Mangel aller anderen Rechtsmittel, anwendbare actio doli auf Schadensersatz geschaffen. Vgl. D. 4, 3, 1, 1. Verba edicti talia sunt: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo. Die Klage ist also nur zulässig, wenn weder eine Kontraktsklage, noch eine besondere auf den dolus gegründete Strafklage (unten § 112 b 5) noch die in integrum restitutio propter dolum Platz greift; sie verjährt in einem annus utilis, seit Konstantin in einem biennium continuum (unten § 53 e). Später und gegen die Erben von vornherein kann nur mit einer actio in factum die Bereicherung („dumtaxat de eo quod ad eos pervenit", D. 4, 3, 17, 1) verlangt werden. Die actio doli macht infam (S. 188), sie ist nur bei einem Schaden von mindestens 2 aurei zulässig, und Respektspersonen (Vater, Patron) gegenüber tritt an ihre Stelle eine den dolus nicht erwähnende, daher nicht infamierende actio in factum. Wie alle Rechtsmittel wegen dolus, geht auch die actio doli nur gegen den Betrüger (und mit der obigen Beschränkung gegen seine Erben), nicht gegen dritte[4]).

---

[4]) Das Gemeine Recht hat diese Grundsätze — aber ohne die infamierende Folge der actio doli und ihre Unzulässigkeit gegenüber Respektspersonen und bei geringfügigen Schäden — übernommen. Eine verbreitete Meinung unterschied (auf Grund von D. 4, 3, 7, pr. und D. 19, 1, 13, 4) zwischen dem dolus causam dans, d. h. einer Täuschung, durch welche der Getäuschte zur Vornahme des Rechtsgeschäfts erst veranlaßt wurde, und dem dolus incidens, d. h. einer Täuschung, die nicht die Vornahme des Rechtsgeschäfts veranlaßte, sondern nur seine Akzidentalien (zB. Zeit, Art, Ort der Erfüllung) beeinflußte. Beim dolus causam dans sollte der Getäuschte

### b. Zwang.

#### 1. Begriff.

Zwang ist die Bestimmung eines Anderen zur Vornahme oder Duldung einer Handlung gegen seinen Willen. Das Erzwingen kann erfolgen: entweder durch unmittelbare körperliche Überwältigung (vis absoluta, physischer Zwang, zB. zwangsweises Führen der Hand beim Unterzeichnen eines Wechsels) oder durch Erregung von Furcht (metus) mittels Drohung (vis compulsiva, psychischer Zwang, zB. Vorhalten eines Revolvers zur Herbeiführung der Unterzeichnung eines Wechsels).

Vis absoluta hat, wie unten darzulegen ist, stets die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge. Dagegen hat nicht jede Drohung eine Bedeutung für den Rechtsbestand eines erzwungenen Rechtsgeschäfts. Das rR. (D. 4, 2: Quod metus causa gestum erit — nämlich: ratum non habebit praetor; und C. 2, 19: De his quae vi metusve causa gesta sunt) knüpft die unten zu besprechenden Rechtsfolgen zunächst nur an eine Drohung, welche begründete Furcht vor sofortiger, nicht abwendbarer Ausführung hervorrufen kann: metus praesens non suspicio inferendi eius; metus non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, D. 4, 2, 9, pr.; 4, 2, 6. Sog. metus reverentialis — Ehrfurcht — genügt nicht. Die Drohung muß ferner widerrechtlich sein (metus iniustus ex parte

---

nach seiner Wahl entweder die sog. Reszissionsklage auf Auflösung des Geschäfts oder die Differenzklage auf Ersatz des durch die Vorspiegelung erwachsenen Schadens haben. Beim dolus incidens dagegen soll der Betrogene das Geschäft selbst nicht anfechten, sondern nur die Differenz beanspruchen können.

Nach ABGB. § 1487 kann eine Willenserklärung — binnen 3 Jahren seit Entdeckung der Irreführung, spätestens aber binnen 30 Jahren seit Abgabe der Willenserklärung — anfechten, wer zu ihrer Abgabe durch arglistige Irreführung seitens des Vertraggegners bestimmt worden ist. Nach durchgeführter Anfechtung gilt das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig, die Anfechtung wirkt also „in rem", während nach rR. die actio doli als persönliche Klage grundsätzlich nur gegen den Betrüger und seinen Universalsukzessor ging.

inferentis), was zB. in den zahlreichen Fällen nicht zutrifft, in denen der Prätor mittels seines imperium jemanden zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwingt (praetoriae stipulationes, unten § 63 a). Auch muß sie zu dem Zweck angewandt sein, das Rechtsgeschäft herbeizuführen (metus consultus) und sich auf erhebliche Rechtsgüter beziehen (Leib, Leben, Freiheit, D. 4, 2, 5); nicht genügend ist timor maioris malitatis, die Bedrohung des guten Rufs und mit Prozessen (D. 4, 2, 7, pr.; C. 2, 19, 10).[5]) Endlich muß zwischen Drohung und Willenserklärung ein ursächlicher Zusammenhang bestehen und die Drohung dem Bedrohten einen Vermögensnachteil bringen. Wer zB. seinen Schuldner durch Drohungen zur Zahlung einer fälligen Schuld nötigt, unterliegt nicht der actio quod metus causa (D. 4, 2, 12, 2, möglicherweise aber wegen unerlaubter Selbsthilfe dem decretum divi Marci, unten § 57 b 1).

### 2. Rechtsfolgen des Zwanges.

Bei der durch körperliche Überwältigung (vis absoluta) hervorgerufenen Willenserklärung ist der Erklärende in Wahrheit nur Werkzeug des Überwältigers; seine anscheinende Erklärung ist daher (wegen des mangelnden Erklärungswillens, S. 252) rechtlich für ihn bedeutungslos, d. h. nichtig. Der durch Drohung (vis compulsiva) zu seiner Erklärung Veranlaßte hat dagegen seinen zur Zeit der Erklärung wirklich vorhandenen, wenn auch (ebenso wie beim Betruge, S. 261) in seiner Entstehung rechtswidrig beeinflußten, Willen kundgegeben. Denn er hat, vor die Wahl gestellt, das angedrohte Übel über sich ergehen zu lassen oder die Erklärung abzugeben, letzteres gewählt[6]). Seine Erklärung ist daher nicht, wie die durch vis absoluta hervorgebrachte, rechtlich bedeutungslos, sondern höchstens in ihren Folgen zu be-

[5]) Ob die Furcht gegründet war, muß vom Richter aus den Umständen beurteilt werden (ABGB. § 870, vgl. auch ABGB. § 55).

[6]) D. 4, 2, 21, 5: Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

seitigen, d. h. anfechtbar. Zu diesem Zwecke diente zunächst die in integrum restitutio propter metum (D. 4, 2, 1 pr. Ait Praetor: Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo). Daneben stellt ein Prätor Oktavius 74 v. Chr. eine besondere actio (und exceptio) quod metus causa (formula Octaviana) auf, welche die prozessuale Gestalt einer actio arbitraria (unten § 59 b 2 γ) und die materielle Bedeutung einer actio in rem scripta (unten § 59 b 3 α) hat; d. h. die Klage (und Einrede) ist nicht nur gegen denjenigen, der die Willenserklärung erzwungen hatte, sondern auch gegen jeden am Zwang Unbeteiligten gegeben, der aus dem erzwungenen Geschäft einen Rechtserwerb gemacht hat oder geltend macht (Wirkung in rem, D. 4, 2, 14, 3).[7])

---

[7]) Im Gegensatze zur actio doli (S. 263) wird deshalb der Urheber des Zwanges in der intentio der Klageformel nicht genannt; vgl. die Formel der exceptio metus (D. 44, 4, 4, 33): si in ea re nihil metus causa factum est, im Gegensatze zur exceptio doli (D. 44, 4, 2, 1): si in ea re nihil dolo malo actoris factum est.

Die actio quod metus causa zog nach rR., falls dem arbitrium nicht Folge geleistet wurde, die Verurteilung auf das Vierfache (nach einem annus utilis, § 53 e, nur auf das Einfache) nach sich. Dies ist in das Gem. R. nicht übergegangen. Streitig ist ferner für das Gem. R., ob vis compulsiva Nichtigkeit oder bloße, nur vom Gezwungenen geltend zu machende Anfechtbarkeit der erzwungenen Willenserklärung herbeiführt. In den Quellen ist nur für die erzwungene Eheschließung (D. 23, 2, 22) und Freilassung (D. 40, 9, 9, pr.) Nichtigkeit als Rechtsfolge bezeichnet; im übrigen schweigen die Quellen. Manche unterscheiden ferner, wie beim dolus (S. 263[4]), zwischen metus causam dans (Wahl des Gezwungenen zwischen Rezission und Differenz) und metus incidens (nur Differenz).

Das ABGB. gebraucht den Ausdruck Drohung nicht. Es spricht nur von „ungerechter und gegründeter Furcht" und versteht unter diesem Erfolge der Drohung augenscheinlich diese selbst (vgl. §§ 55, 870, 874).

Eine solche durch widerrechtliche Drohung beeinflußte Willenserklärung steht in der Wirkung der durch Betrug hervorgerufenen, gleich (vgl. ABGB. §§ 55, 870, 874, 1324); ob die Furcht gegründet war, ist nach ABGB. § 55 zu beurteilen.

## § 45. Abgabe der Willenserklärung.

### a. Die Willensäußerung.

#### 1. Arten.

Der Wille ist ein innerer, an sich rechtlich bedeutungsloser Umstand („Gedanken sind zollfrei"), der erst durch seine bewußte (nicht zB. im Schlafe, in der Hypnose erfolgte) Kundgebung nach außen rechtlich wirksam werden kann. Diese „Äußerung" kann entweder (positiv) in einem Tun oder (negativ) in einem Unterlassen bestehen.

*α.* Die positive Willensäußerung kann wieder ausdrücklich (nominatim, D. 8, 2, 30, pr., specialiter, C. 8, 41, 8, pr.) sein, d. h. eine unmittelbare Mitteilung des Willens bezwecken (durch Worte, Unterschreiben, Hinzeigen, Kopfnicken) oder stillschweigend, wenn aus einer Handlung nur mittelbar ein Willensentschluß entnommen werden kann (facta concludentia, konkludente Handlungen, stillschweigende Willenserklärung; A bestellt bei B 100 kg Kohlen — Kaufantrag —, B übersendet sie ihm — stillschweigende Annahme —; A verbraucht die ihm von B unbestellt zugesandten Zigarren; der als Erbe Eingesetzte nimmt den Nachlaß an sich — pro herede gestio, D. 29, 2, 20 —; vgl. D. 2, 14, 57, pr.; 2, 14, 2, 1). Will der eine Handlung Vornehmende gegen Folgerungen aus derselben auf einen Willensentschluß, den er in Wahrheit nicht hat, gesichert sein, so kann er dies durch eine Verwahrung erreichen (protestatio, weil sie in Rom pro testibus erfolgte). Die protestatio darf aber nicht facto contraria sein, d. h. die Verwahrung darf nicht mit den tatsächlich vorgenommenen Handlungen in offenem Widerspruche stehen. Es bleibt zB. die Erklärung eines eingesetzten Erben, daß aus der Tatsache der Inbesitznahme des Nachlasses nicht auf seinen Willen, die Erbschaft anzutreten, geschlossen werden möge, unbeachtet, wenn er durch Verbrauch von Nachlaßgegenständen tatsächlich diesen Willen kundgibt. Eine besondere Art der Protestation ist die Reservation, der Vorbehalt, durch den die Unterstellung des Willens, auf ein Recht zu verzichten, ausgeschlossen werden soll.

Die stillschweigende Willenserklärung ist unsicherer und von dem, der sich darauf beruft, schwerer zu beweisen als die ausdrückliche, steht ihr aber im übrigen — sofern nicht eine Form vorgeschrieben ist, unten 2 — grundsätzlich gleich (vgl. aber zB. D. 8, 2, 30, pr., C. 8, 41, 8, pr., ABGB. § 863).

β. Aus einem Nichttun, insbesondere dem Stillschweigen einer Person auf Handlungen oder Erklärungen einer anderen, kann an sich kein Schluß auf den Willen der ersteren gezogen werden (D. 50, 17, 142: Qui tacet non utique fatetur: sed tamen verum est, eum non negare). Ein Unterlassen, insbesondere ein Stillschweigen, gilt daher nur dann[1]) als Willensäußerung, wenn dieser Schluß entweder durch Rechtssatz ausdrücklich vorgeschrieben ist[2]) oder sich nach der Sachlage des einzelnen Falls und mit Überlegung aller Umstände (ABGB. § 863) als zwingend ergibt[3]).

---

[1]) Viel zu weit geht der Satz des Corpus iur. can. (in VI. 5, 12, 43) „Qui tacet, consentire videtur", der daher in der Praxis stets durch den Zusatz „ubi loqui potuit et debuit" eingeschränkt wurde.

[2]) Vgl. als Beispiele aus den Quellen D. 14, 6, 20 (Stillschweigen des Vaters als Billigung der ihm mitgeteilten Geschäfte des Haussohns); D. 21, 2, 12 (der Verkauf von Nachlaßsachen durch einen Miterben bindet auch die übrigen Erben, „si coheredes praesentes fuerint nec dissenserint"); D. 23, 1, 12 (filia, quae patris voluntati non repugnat, consentire videtur, nämlich zur Verlobung); D. 50, 17, 60 (semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur). Aus dem modernen Rechte vgl. zB. ABGB. §§ 156, 158, 159, 418, 1114, 1238, HGB. Art. 279, CPO. §§ 396, 569.

[3]) Als Annahme der in der Zusendung unbestellter Waren (Zigarren, Lose) liegenden Kaufofferte gilt es zB. nicht, wenn der Empfänger sie nicht innerhalb der ihm vom Absender gesetzten Frist zurückschickt; denn der Zusender unbestellter Waren kann den Empfänger nicht zu einer Antwort zwingen. Anders natürlich, wenn der Empfänger die Waren in Gebrauch nimmt (die Zigarren raucht, die Lose weiter veräußert); dann handelt es sich aber nicht um Willenserklärung durch Stillschweigen, sondern um stillschweigende Willenserklärung, d. h. durch konkludente Handlungen (S. 267).

2. Form der Willensäußerung.

Regelmäßig genügt jede deutliche Willensäußerung (zB. nutu solo, D. 44, 7, 52, 10 und 46, 2, 17). Zuweilen — meist bei wichtigen Rechtsgeschäften, um die Tatsache der Entschließung festzustellen und den Erklärenden vor Übereilung zu schützen — ist jedoch nur ein bestimmtes Erklärungsmittel zulässig (formelle, im Gegensatze zu den formlosen Rechtsgeschäften).[4]) Das Formerfordernis — bei dessen Vorhandensein eine stillschweigende Willenserklärung (oben 1 α) sowie eine solche durch Stillschweigen (1 β) natürlich nicht in Betracht kommt — beruht in der Regel auf Rechtssatz (gesetzliche Form), zuweilen jedoch auf dem Privatwillen der Beteiligten (gewillkürte Form). In derartigen Fällen ist die formlos abgegebene Willenserklärung grundsätzlich wirkungslos (ABGB. §§ 883, 884), die Formvorschrift gilt also in der Regel als lex perfecta (S. 25). Zuweilen jedoch droht das Gesetz bei der Nichtbeachtung der von ihm vorgeschriebenen Form nur andere Nachteile (Klaglosigkeit, Strafe, Beweiserschwerung) an (lex minus quam perfecta) oder die Formvorschrift ist nur eine Ordnungsvorschrift (lex imperfecta), deren Übertretung keinerlei rechtliche Nachteile nach sich zieht, möglicherweise aber sonstige Folgen, zB. Verantwortlichkeit eines beteiligten Beamten. Die Frage, ob ein Rechtsgeschäft formbedürftig ist, ist nach dem Orte seiner Vornahme zu beantworten (locus regit actum).

Das altrömische Recht (ius civile) bewegt sich gleich dem altdeutschen Recht in starrem Formalismus (S. 150). Erst das ius gentium hat auch auf diesem Gebiete

---

[4]) Als formelle oder Formalgeschäfte bezeichnet man zuweilen auch die abstrakten Geschäfte (S. 235[4])), weil ihre Rechtswirksamkeit regelmäßig von ihrer Einkleidung in eine bestimmte Form abhängig gemacht ist (Wechsel, Lagerscheine). Diese Bezeichnung ist irreführend; denn abgesehen davon, daß auch zahlreiche kausale Geschäfte an eine Form gebunden sind (Schenkungsversprechen, Ehepakte), gibt es auch abstrakte Geschäfte, die zu ihrer Gültigkeit eine Form nicht erfordern (zB. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, Schulderlaß, Übergabe).

die Bewegungsfreiheit gewährt (S. 153). Als Rechtsformen kommen u. a. in Betracht:

α. Symbolische Formen. Symbole sind Gegenstände, die einen an sich sinnlich nicht wahrnehmbaren Vorgang zur Anschauung bringen sollen, so im rR. der „lapilli iactus" als Einspruch gegen eine Grundstücksänderung (unten § 119 b 3 β), im deutschen Rechte die Übergabe einer Erdscholle, eines Handschuhs, einer Fahne als Übergabe eines Grundstücks, Verleihung des Marktrechts und eines Lehens.

Als Symbol kann aber nicht nur ein bestimmter Gegenstand, sondern auch ein gewisser Rechtsvorgang dienen. Hierauf beruhen die sog. typischen Scheingeschäfte des römischen Rechts (S. 150 ff.), die negotia per aes et libram (nexum und mancipatio) sowie die in iure cessio, insofern als in der Form von Vorgängen, die ursprünglich einem gewissen Rechtszwecke (Zuwägen der Darlehnssumme oder des Kaufgeldes, Prozeßführung) dienten, andere Erklärungen (Darlehnshingabe, Testamentserrichtung, Eigentumsübertragung) abgegeben wurden. Für das moderne Recht sind die symbolischen Geschäftsformen fast bedeutungslos.

β. Wortformen. Die Verwendung bestimmter Worte als Voraussetzung der Wirksamkeit gewisser Willenserklärungen ist eine Eigentümlichkeit eines unentwickelten Rechtszustands; so war in Rom anfänglich die Erbeinsetzung (heres esto!) der Vertragsschluß (spondesne? spondeo, S. 152), die Prozeßführung (S. 149 [2]) an die Anwendung bestimmter Worte geknüpft, ähnlich heute noch der Wechsel (WO. Art. 4 [1]).

γ. Die Zuziehung von Zeugen erfolgt regelmäßig nur zur Sicherung des Beweises (Beweiszeugen). Vielfach ist davon jedoch die Rechtsbeständigkeit einer Willenserklärung abhängig gemacht. Dann sind die zur Herstellung der Rechtsform benötigten Zeugen Solennitätszeugen. Aus dem rR. gehören hierher die negotia per aes et libram (nexum und mancipatio, 5 Zeugen, libripens) und das ordentliche Privattestament (7 Zeugen), aus dem ABGB. zB. die Testamentserrichtung (§§ 579, 585). Die Solennitätszeugen müssen regelmäßig gewissen Vorbedingungen entsprechen; vgl. für das rR. (testes idonei, rogati, voluntarii)

S. 116[4]), für das ABGB. §§ 591, 592, 594). Nach rR. können nur Männer Solennitätszeugen sein, ebenso in der Regel nach ABGB. § 591 (eine Ausnahme besteht bei den begünstigten letztwilligen Anordnungen, vgl. ABGB. §§ 597 und 600).

δ. Schriftlichkeit. Wie die Zuziehung von Zeugen so erfolgt auch die schriftliche Feststellung regelmäßig zu bloßen Beweiszwecken. Zuweilen hat sie aber die Bedeutung einer Rechtsform, so im rR. für das schriftliche Testament, die Fraueninterzession (S. 250) und den Literalkontrakt (unten § 71 b).[5])

ε. Behördliche Mitwirkung. Die Rechtsgültigkeit mancher Willenserklärungen ist davon abhängig, daß sie vor einer öffentlichen Behörde abgegeben werden. Diese hat regelmäßig über die vor ihr abgegebene Erklärung eine („öffentliche", vgl. CPO. §§ 292, 293) Urkunde aufzunehmen. Als solche Behörden kommen nach rR. die Magistrate (Konsuln, Prätoren, Zensoren, praesides provinciae, vgl. C. 8, 53, 25, 1), heute vor allem die Bezirksgerichte als die zur Ausübung der iurisdictio voluntaria (S. 24) berufenen Organe und die Notare in Betracht[6]).

Eine behördliche Mitwirkung war im späteren rR. vorgeschrieben: bei der Freilassung vindicta und censu

[5]) Gesetzlich ist die Schriftform zB. vorgeschrieben für gewisse Gesellschaftsverträge (ABGB. § 1178), für den Schiedsvertrag (ABGB. § 1391 und CPO. § 577) für den Wechsel (WO. Art. 4, 11, 96), für die Aktienzeichnung (HGB. Art. 208), zur Errichtung einer Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft (§ 3 Ges. vom 9. April 1873, RGB. Nr. 70), bei Abschluß von Lehrverträgen vor Genossenschafts- oder Gemeindevorstehungen (GewO. § 99), bei der prorogatio fori (JN. § 104).

[6]) Die behördliche Mitwirkung erfolgt heute entweder in der Weise, daß die Behörde die Erklärung selbst entgegennimmt und beurkundet (sog. Beurkundung, zB. ABGB. §§ 587, 588) und zwar zuweilen bei notwendig gleichzeitiger Anwesenheit aller Beteiligten (so zB. ABGB. § 75, Eheschließung) oder so, daß sie nur die Unterschrift eines Schriftstücks durch eine bestimmte Person bescheinigt (sog. öffentliche Beglaubigung, zB. die sog. Legalisierung von Tabularurkunden, Grundb. Ges. § 31, vgl. auch JN. § 121) oder durch gerichtliche Bestätigung einer anderweit abgegebenen Erklärung (ABGB. § 181, Adoption).

(S. 170), bei der großen Schenkung über 500 solidi (gerichtliche Insinuation, d. h. Beurkundung, C. 8, 53, 36, 3, unten § 90 b), beim Vergleich über hinterlassene Alimente (gerichtlicher Abschluß, D. 2, 15, 8), bei der emancipatio (Iustinianea, gerichtliche Erklärung in Gegenwart des Kindes, C. 8, 47, 11), bei der Adoption (zu gerichtlichem Protokoll, C. 8, 47, 11), bei der Testamentserrichtung (testamentum apud acta conditum und iudici oblatum).[7])

### b. Wirksamwerden der Willenserklärung.

Ist eine Willenserklärung einem Anderen gegenüber abzugeben, wie bei Verträgen und gewissen einseitigen, den sog. empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften (S. 232, zB. Offerte, Mahnung, Kündigung), so fragt es sich, falls der Erklärungsempfänger nicht zugegen ist, ob sie schon im Augenblicke der Abgabe der Willenserklärung seitens des Erklärenden oder erst im Augenblick ihrer Entgegennahme durch den Erklärungsempfänger oder in einem zwischen diesen Zeitpunkten liegenden Momente rechtswirksam wird. Die Quellen enthalten hierüber nichts und im Gemeinen Rechte bestand daher ein lebhafter Streit darüber, ob bei Willenserklärungen (insbesondere Verträgen, daher „Vertragstheorien") gegenüber einem Abwesenden die Äußerungs- oder Deklarationstheorie (zB. Schreiben eines eine Annahmeerklärung enthaltenden Briefs) oder die Übermittlungstheorie (Abgabe des Briefs bei der Post) oder die Empfangstheorie (Anlangen des Briefs beim Erklärungsempfänger) oder die Vernehmungstheorie (Lesen des Briefs durch ihn) zugrunde zu legen sei. Im ABGB. ist diese Frage nicht ausdrücklich entschieden[8]); das HGB. hat dieselbe im Art. 321 im Sinne der Übermittlungstheorie gelöst.

---

[7]) Diese Fälle sind auch in das Gem. R. übergegangen, das im übrigen infolge der Nichtaufnahme der Stipulation (unten § 73[10]) auf dem Grundsatze der Formfreiheit beruht. Diese grundsätzliche Formfreiheit beherrscht auch das österreichische Recht, das freilich, wie vorstehend dargelegt, einige Rechtsgeschäfte an Formen gebunden hat.

[8]) Stubenrauch, Kommentar (1899) II, S. 12 bezeichnet die Äußerungstheorie, Pfaff-Krainz, System II, S. 52 und Hasenöhrl a. a. O. erklären die Empfangstheorie als nach bürgerlichem Rechte zutreffend.

### c. Auslegung der Willenserklärung.

Wie bei Gesetzen (S. 29) so können auch bei Willenserklärungen über Sinn und Tragweite Zweifel entstehen, die durch Auslegung zu beseitigen sind. Wie für die Auslegung der Gesetze (S. 29[31]) so gilt auch für die der Willenserklärungen anfänglich die reine Wortinterpretation (so nach Paulus in D. 32, 25, 1: cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio), wogegen später der Hauptwert auf die Ermittlung des wahren Willens der Beteiligten (id, quod actum est) gelegt wurde (Papinian in D. 50, 16, 219: in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit). Für Zweifelsfälle stellen die Quellen gewisse gesetzliche Auslegungsregeln auf. Maßgebend ist an erster Stelle die der Willenserklärung von den Beteiligten selbst später gegebene „authentische" Auslegung (D. 28, 1, 21, 1). Bei unklaren Vertragsbestimmungen ist der Sprachgebrauch zu berücksichtigen (D. 30, 50, 3). Im Zweifel ist gegen den zu entscheiden, qui clarius loqui potuit et debuit, qui potuit re integra apertius dicere (D. 2, 14, 39; 18, 1, 21), so contra venditorem, stipulatorem, locatorem (vgl. zB. D. 18, 1, 55; 34, 5, 26; 45, 1, 99, pr.). Bei Zweifeln über die Höhe einer Verpflichtung ist der geringste Betrag maßgebend (D. 50, 17, 34). Einzelne Rechtsverhältnisse (sog. causae favorabiles): Freiheit (oben S. 166), Testament (D. 7, 8, 122: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum; vgl. D. 34, 5, 24, D. 50, 17, 12), Dos (D. 23, 3, 70 und 50, 17, 85: in ambiguis pro dotibus respondere melius est) sind hinsichtlich der Auslegung besonders bevorzugt, aber auch im übrigen soll so interpretiert werden, daß der von den Parteien erstrebte wirtschaftliche Zweck möglichst erreicht wird (D. 45, 1, 80: Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit[9]); D. 34, 5, 21, 1; 50, 17, 67).

[9]) Auch nach dem ABGB. kommt es in erster Reihe auf den Parteiwillen an (vgl. §§ 6, 655 u. 914). HGB. Art. 278 bestimmt

## § 46. Inhalt der Rechtsgeschäfte.

Der Inhalt des Rechtsgeschäfts wird durch seine Art bestimmt; er darf jedoch, soll das Rechtsgeschäft nicht unwirksam bleiben, jedenfalls weder unmöglich noch unerlaubt noch unsittlich sein.

### a. Unmögliche Rechtsgeschäfte.

Ein Rechtsgeschäft, das etwas rechtlich oder tatsächlich absolut Unmögliches bezweckt, kann den angestrebten Rechtserfolg nicht erreichen[1]). Insbesondere wird durch das Eingehen einer Verpflichtung auf etwas von vornherein dauernd und absolut Unmögliches der Versprechende weder zur Erfüllung noch zum Schadenersatze wegen Nichterfüllung (sog. positives Interesse, unten § 71[21]) verpflichtet (D. 50, 17, 185: Impossibilium nulla obligatio est; „ultra posse nemo obligatur", ABGB. § 878). Trotzdem ist auch eine derartige Verpflichtung nicht ganz unwirksam; denn unter Umständen kann ihr die Verpflichtung zum Ersatze des sog. negativen Interesses entspringen, nämlich des Schadens, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts vertraut (ABGB. § 878).

Handelt es sich ferner nicht um etwas von vornherein dauernd und absolut Unmögliches, sondern tritt die Unmöglichkeit erst nach Vornahme des Rechtsgeschäfts ein (sog. nachfolgende Unmöglichkeit), oder kann sie unter Umständen gehoben werden (sog. hypothetische Unmöglichkeit), dann kann das Rechtsgeschäft unter Umständen auch positive Wirkungen, nämlich die Verpflichtung zum vollen Schadenersatz,

---

ausdrücklich, daß der Richter bei Auslegung der Handelsgeschäfte „den Willen der Kontrahenten zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften habe". Daneben gibt das ABGB. für die einzelnen Rechtsinstitute zahlreiche gesetzliche Auslegungsregeln, vgl. zB. ABGB. §§ 484, 614, 655—683, 914—916.

[1]) Vgl. D. 50, 17, 31: Verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere: quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit.

erzeugen. Hierüber ist im Rechte der Schuldverhältnisse (unten § 68) zu sprechen.

Über unmögliche Bedingungen vgl. unten S. 286.

b. Unerlaubte Rechtsgeschäfte.

1. Unerlaubt sind Rechtsgeschäfte, die gegen ein rechtswirksames Verbot verstoßen. Ein solches braucht nicht stets in einem Gesetz Ausdruck gefunden zu haben, sondern kann sich aus den das Recht überhaupt beherrschenden Grundsätzen ergeben, zu denen zB. heute gehören das Recht jedes Menschen auf persönliche, Gewerbe-, Religionsfreiheit, die Freizügigkeit (vgl. schon D. 35, 1, 71, 2) usw.

Unerlaubte Rechtsgeschäfte sind grundsätzlich völlig wirkungslos, d. h. jedes gesetzliche Verbot gilt, sofern das Gesetz nicht ausdrücklich eine andere Folge bestimmt, als lex perfecta (S. 25). Dies ist für das rR. in der von Theodosius II. und Valentinian III. 439 n. Chr. erlassenen[2]) l. 5 C. 1, 14 und ebenso im ABGB. § 878 ausdrücklich bestimmt. Nur ausnahmsweise gilt hiernach ein Verbotsgesetz als lex minus quam perfecta (so gewährt zB. das gegen das SC. Macedonianum, unten § 93 b, gegebene Darlehen, die gegen das SC. Velleianum geleistete Interzession nur eine exceptio), oder sogar nur als lex imperfecta, also nach der heutigen Gesetzessprache als bloße Ordnungs- oder Sollvorschrift (so ist zB. die gegen die §§ 71, 74, 120, 121 AGBG. geschlossene Ehe vollgültig).

Dem gegen ein Verbotsgesetz unmittelbar verstoßenden Rechtsgeschäfte steht das zur Umgehung des Verbots (in fraudem legis, S. 92) geschlossene völlig gleich (C. 1, 14, 5, pr.: Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem; ebenso D. 1, 3, 29 und 30).

Über unerlaubte Bedingungen vgl. unten § 49 d 1.

---

[2]) C. 1, 14, 5, 1: ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est; vgl. C. 2, 3, 6.

2. Eine besondere Art unerlaubter Geschäfte sind die gegen ein Veräußerungsverbot verstoßenden. Ein solches Verbot kann auf Gesetz, richterlicher Verfügung (EO. §§ 148, 294, 379), oder Rechtsgeschäft (Vertrag, Testament) beruhen. Als unerlaubt und daher wirkungslos sind jedoch nach rR. (und ebenso nach ABGB. § 618, EO. § 384 und AGG. § 72) nur die gegen ein gesetzliches oder richterliches Veräußerungsverbot verstoßenden Rechtsgeschäfte anzusehen, während die rechtsgeschäftlichen nur den Vertragsgegner oder dessen Erben zum Schadenersatz verpflichten, nicht aber dritte binden.

Gesetzliche Veräußerungsverbote bestanden in Rom zB. betreffs der res litigiosae (unten § 61[10]), der Dotalgrundstücke, der landwirtschaftlichen Mündelgrundstücke[3]).

Soweit eine Veräußerung verboten ist, ist auch eine Belastung (C. 4, 51, 7) und die Zulassung der Ersitzung ausgeschlossen (D. 50, 16, 28: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi).

### c. Unsittliche Rechtsgeschäfte.

Rechtsgeschäfte, die durch ihre Vornahme, ihren Inhalt oder Zweck gegen die guten Sitten (boni mores) verstoßen, sind in allen Rechtssystemen für nichtig erklärt worden (D. 45, 1, 26: turpes stipulationes nullius esse momenti ABGB. § 878). Wann ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, unterliegt der freien richterlichen Würdigung, welche die zurzeit geltenden sittlichen Anschauungen und wirtschaftlichen Bedürfnisse berücksichtigen muß[4]).

---

[3]) Das heutige Recht unterscheidet die im öffentlichen Interesse gegebenen und daher gegen alle wirksamen absoluten (ABGB. §§ 608, 613, 618) von den nur im Privatinteresse gegebenen und daher nur bestimmten Personen gegenüber wirksamen relativen Veräußerungsverboten; zB. KO. § 3 (Unwirksamkeit der vom Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Handlungen, aber nur den Konkursgläubigern gegenüber).

[4]) Vgl. zB. D. 17, 1, 12, 11. Die Anschauungen haben im Laufe der Zeit vielfach gewechselt. Die Römer hielten zB. jeden auf Unwiderruflichkeit einer letztwilligen Verfügung gerichteten Vertrag als contra bonos mores für nichtig, während das moderne Recht im

## § 47. Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

Ungültig heißt ein Rechtsgeschäft, das infolge eines Mangels die gewollte Wirkung nicht hervorbringen kann. Das Geschäft heißt nichtig (negotium nullum), wenn dieser Mangel eine Rechtswirkung überhaupt nicht eintreten läßt, anfechtbar (negotium rescissibile), wenn die Rechtswirkung eintritt, aber auf Verlangen eines „Anfechtungsberechtigten" wieder beseitigt werden kann. Relativ nichtig nennt man ein Geschäft, das die gewollten Wirkungen nur bestimmten Personen gegenüber nicht hervorbringt (zB. KO. § 3).

Wann infolge eines Mangels Nichtigkeit und wann Anfechtbarkeit eintritt, das hängt von der Bedeutung ab, die das Recht dem fehlenden Erfordernisse beimißt. Es kann sich hierbei um einen Mangel hinsichtlich allgemeiner, zur Gültigkeit der Rechtsgeschäfte überhaupt notwendiger Umstände oder hinsichtlich der besonderen Erfordernisse der einzelnen Geschäftsarten handeln. Wie ein Mangel der letzteren Art auf die Rechtswirksamkeit des betreffenden Geschäfts zurückwirkt, richtet sich nach den für dieses geltenden besonderen Vorschriften. Die Wirkungen eines Mangels in den allgemeinen Erfordernissen der Rechtsgeschäfte sind oben in den §§ 42 ff. dargestellt. Danach bewirken nach rR. Mängel der Geschäftsfähigkeit (S. 238), der Ernstlichkeit

---

Anschluß an die deutschrechtliche Entwicklung die Erbverträge zuläßt. Der Ehemäklerlohn ist unklagbar und auch nicht zahlbar, weil die Ausbedingung eines solchen als unsittlich gilt (ABGB. § 879).

Besonders hervorgehoben und als nichtig bezeichnet ist im § 1 des Ges. vom 28. Mai 1881, RGB. Nr. 47 das wucherliche Geschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen („subjektives Moment") sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile gewähren oder versprechen läßt, welche durch ihre Maßlosigkeit das wirtschaftliche Verderben des Kreditnehmers herbeizuführen oder zu befördern geeignet sind („objektives Moment"). Eine solche allgemeine Vorschrift fehlt im rR. Auch dieses suchte aber dem Wucher zu begegnen; hierauf beruhen zB.: die lex Anastasiana (§ 82 b 2), die Anfechtung eines Kaufvertrags wegen laesio enormis (§ 85 b 2 γ), die Bestimmung eines Zinshöchstbetrags (§ 66 b 4), das Verbot der Verwirkungsklausel beim Pfande durch Konstantin (§ 140 c 4 β).

(S. 255) und der Form (S. 269), ferner Simulation (S. 253), vis absoluta (S. 264), Verbot (S. 275), Unsittlichkeit (S. 276) die Nichtigkeit, dagegen Irrtum (S. 256), Betrug (S. 261), vis compulsiva (S. 264) nur die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts.

Hier handelt es sich daher nur darum, die Folgen darzustellen, die sich bei der gemäß diesen gesetzlichen Vorschriften eintretenden einen oder anderen Art von Ungültigkeit ergeben.

a. Nichtigkeit.

1. Das nichtige Geschäft ist rechtlich überhaupt nicht vorhanden. Hat zB. der geschäftsunfähige A eine Uhr veräußert und übergeben, so gilt sie als noch in seinem Eigentume befindlich und sein gesetzlicher Vertreter kann ihre Rückgabe mit der rei vindicatio erzwingen. Im Prozesse muß ferner die Nichtigkeit von Amts wegen berücksichtigt werden. Klagt zB. Frau A gegen B einen Kuppellohn ein, so muß der Richter die Klage selbst beim Nichterscheinen oder bei Anerkenntnis des Beklagten abweisen.

2. Bezieht sich die Nichtigkeit nur auf einen Teil des Rechtsgeschäfts, so bleibt dies im übrigen rechtswirksam (in VI^to 5, 13, 37: utile non debet per inutile vitiari, vgl. D. 45, 1, 15 und ABGB. § 882), es sei denn, daß:

α. der gültige Teil keine selbständige Existenz hat (D. 50, 17, 129, 1: Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent); zB. ist bei Nichtigkeit des Darlehns das dafür gegebene an sich gültige Zins- oder Bürgschaftsversprechen — als bloßes Akzessorium, S. 209 — ebenfalls nichtig und nach rR. (nicht aber nach ABGB. § 726) ist bei Nichtigkeit der Erbeinsetzung das ganze Testament nichtig; oder

β. daß anzunehmen ist, die Parteien hätten das Rechtsgeschäft überhaupt nicht vorgenommen, wenn sie die teilweise Nichtigkeit vorhergesehen hätten (ähnlich ABGB. § 936, vgl. auch § 882).[1])

[1]) Besondere Vorschriften gibt das rR.:

a. für die nicht insinuierte Schenkung über 500 solidi (sie ist nur hinsichtlich des Übermaßes nichtig; unten § 90 b 1);

3. Ein zur Zeit seiner Vornahme nichtiges Geschäft kann durch den späteren Fortfall des die Nichtigkeit bewirkenden Mangels (zB. Eintritt der Geschäftsfähigkeit des Handelnden) regelmäßig nicht rechtsbeständig werden[2]), sog. regula Catoniana, zuerst für Legate aufgestellt (D. 34, 7, 1, pr.: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit non valere), dann verallgemeinert (D. 50, 17, 29: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere; so auch ABGB. § 576). Nur ausnahmsweise tritt ein solches Rechtsbeständigwerden ein (sog. Konvaleszenz). So konvalesziert zB. nach der oratio Severi et Antonini (Senatsschluß von 206 n. Chr.) die an sich nichtige Schenkung unter Ehegatten (unten § 90 c 4), wenn der Schenker vor dem Beschenkten stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, D. 24, 1, 32, und nach Justinians l. 3 C. 5, 74 die ungenehmigte Veräußerung von Mündelgütern durch Nichtanfechtung binnen 5 Jahren seit der Volljährigkeit[3]).

---

b. für das wucherliche Zinsversprechen (es ist nur bezüglich des den gesetzlichen Zinsfuß überschreitenden Teils nichtig, D. 22, 1, 29, anders das Wuchergesetz vom 23. Mai 1881 RGB. Nr. 47; vgl. unten § 66 b 4);

c. für unerlaubte und unsittliche Bedingungen (sie gelten bei negotia mortis causa für nicht geschrieben, vernichten dagegen bei negotia inter vivos das ganze Geschäft: ebenso nach ABGB. § 898 vgl. unten S. 288).

[2]) Umgekehrt wird ein gültig entstandenes Rechtsgeschäft durch spätere Entstehung eines Mangels regelmäßig nicht ungültig; ein von einem Geschäftsfähigen geschlossener Vertrag bleibt also auch dann gültig, wenn er vor dessen Erfüllung entmündigt wird. Nur für Testamente kommt es nach rR. (nicht mehr aber nach ABGB. § 575) sowohl auf die Zeit der Errichtung, als auf die ganze Zwischenzeit bis zum Tode des Erblassers an; das Testament wird also nichtig, wenn der Testator nach der Testamentserrichtung die testamenti factio activa verliert (testamentum irritum, darauf beruht die fictio legis Corneliae, S. 166[1]) oder einen neuen Noterben erhält (testamentum ruptum: agnatione postumi rumpitur testamentum, s. u. im Erbrecht).

[3]) Konvaleszenzfälle des ABGB. finden sich in den §§ 88, 160 (Konvalidation der Ehe durch Wegfallen des vorhanden gewesenen

4. Abgesehen von der nur ausnahmsweise zugelassenen Konvaleszenz kann ein nichtiges Geschäft bei späterem Fortfalle des Nichtigkeitsgrundes nur durch erneute Vornahme gültig werden. Eine Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts muß daher grundsätzlich alle Voraussetzungen der Vornahme des Rechtsgeschäfts, insbesondere die für dessen Abschluß vorgeschriebene Form, aufweisen und wirkt nur dann „ex tunc", d. h. auf den ersten Abschluß zurück, wenn die Parteien dies zulässigerweise vereinbaren[4]).

5. Zuweilen findet die Umwandlung (Konversion) eines Rechtsgeschäfts statt, d. h. ein Rechtsgeschäft, das die volle von den Parteien beabsichtigte Rechtswirkung infolge eines Mangels nicht haben kann, kann — falls die Parteien dies beabsichtigt haben (vgl. ABGB. §§ 956, 1250) — die minderen Wirkungen einer anderen Geschäftsart haben, deren geringeren Voraussetzungen es entspricht. So kann zB. nach rR. eine — zB. wegen Unfähigkeit eines der 7 notwendigen Zeugen — als Testament ungültige letztwillige Verfügung durch Beifügung der Kodizillarklausel in ein — nur 5 Zeugen erforderndes — Kodizill konvertiert werden (C. 6, 36, 8).

b. Anfechtbarkeit.

Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist an und für sich wirksam, jedoch mit einem Mangel behaftet, der bestimmten Personen die Möglichkeit gewährt, seine Wirkung zu be-

---

Hindernisses), 1016 und 865 (Ratihabition eines mit Überschreitung der Vollmacht oder ohne solche, im Namen eines Dritten eingegangenen Geschäftes, 1487 (Konvalidation der in diesem Paragraph aufgezählten Rechtsgeschäfte, durch Erlöschung der Nichtigkeitsklage).

[4]) C. 5, 16, 25, 2: ratihabitiones negotorium ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt, vgl. ABGB. § 88. Mit der Bestätigung (ratihabitio, besser confirmatio) eines eigenen nichtigen, ist übrigens die in den Quellen ebenfalls ratihabitio genannte Genehmigung eines gültigen, aber noch der Zustimmung eines anderen als des Erklärenden bedürftigen, fremden Rechtsgeschäfts nicht zu verwechseln (unten § 52). Ratihabitio heißt endlich auch die Genehmigung einer auftraglosen Geschäftsführung (unten § 99 b 2).

seitigen oder einzuschränken. Es bedarf also stets einer — nur bestimmten Personen, zuweilen sogar nur innerhalb einer bestimmten Frist, vgl. zB. ABGB. §§ 933, 1487 zustehenden — Tätigkeit, um die innere Wirkungslosigkeit des Geschäfts zu offenbaren, und daraus folgt, daß wenn diese Personen auf die Geltendmachung des Mangels verzichten, das Geschäft also bestätigen, es von Anfang an, „ex tunc", als vollwirksam gilt.

Erfolgt umgekehrt die Anfechtung, so fragt es sich, ob das Geschäft erst von der Geltendmachung des Anfechtungsgrundes an (ex nunc) oder von vornherein (ex tunc) und ferner, ob es nur unter den Beteiligten oder auch dritten gegenüber (in rem) als unwirksam gilt. Das rR. hat hierfür eine einheitliche Entscheidung nicht getroffen; so entstand zB. im Falle der actio doli nur ein obligatorischer Ausgleichungsanspruch unter den Beteiligten (S. 263), während bei der actio quod metus causa (S. 266) die Anfechtung ex tunc und in rem wirkte[5]).

## Vertrag.

### § 48. Der Vertrag.

a. Abschluß.

Vertrag[1]) ist (S. 232) die auf Begründung, Veränderung oder Aufhebung der Beteiligten gerichtete Willens-

---

[5]) Die Unwirksamerklärung des Geschäfts wirkt nach österr. Rechte ex nunc (Anf. Ges. § 21), zugleich wird aber alles, soweit dies möglich, d. h. soweit mittlerweile erworbene Rechte gutgläubiger Dritter dadurch nicht berührt worden (unten § 121[3]), in den vorigen Stand zurückversetzt (vgl. ABGB. § 934, Unger II, S. 161, Krainz, System I, § 130 und das Anfechtungsges. vom 16. März 1884 RGB. Nr. 36 §§ 21 u. 37).

[1]) Das rR. behandelte die Verträge (contractus, pacta, unten § 71 b) ausschließlich auf dem Gebiete des Obligationenrechts. Das ABGB. dagegen hat der Tatsache, daß es Verträge auf allen Rechtsgebieten gibt (S. 232) dadurch Rechnung getragen, daß es die allgemeinen Grundsätze (Einteilung, Erfordernisse, Nebenbestimmungen,

einigung mehrerer Personen. Diese Einigung vollzieht sich zuweilen vor einem Dritten, insbesondere einer öffentlichen Behörde (Auflassung, Eheschließung) regelmäßig aber durch wechselseitige Erklärungen der Beteiligten, dergestalt, daß der eine (Antragsteller, Offerent) einen Vertragsschluß vorschlägt (Antrag, Offerte) und der andere (Antragsempfänger, Oblat) dem zustimmt (Annahme, Akzeptation). Die Offerte muß dem in Aussicht genommenen Vertragsgegner gegenüber erfolgen, sie ist also ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft (S. 232).

Sind sämtliche bei dem zu schließenden Vertrage Beteiligten gegenwärtig, so erledigt sich die Frage, ob und in welchem Augenblicke der Vertrag zustande kommt, sehr einfach. Muß der Vertrag jedoch unter Abwesenden geschlossen werden, so entsteht zwischen der Abgabe der Offerte durch den Offerenten und dem Eintreffen der Antwort des Oblaten ein Schwebezustand, dessen rechtliche Beurteilung zweifelhaft sein kann.

1. Es fragt sich zunächst, ob der Offerent durch Abgabe der Offerte verpflichtet ist, den Vertrag für den Fall ihrer Annahme durch den Oblaten als geschlossen gelten zu lassen oder ob ihm bis zum Vertragsschluß der Widerruf immer noch freisteht?

Den Römern war die sog. bindende Kraft der Offerte völlig fremd. Das rR. kennt ein Sichbinden durch eine eigene, von einem Empfänger nicht angenommene Erklärung (offerentis solius promissum, D. 50, 12, 3, pr.) nur in wenigen, dem öffentlichen Recht angehörenden Ausnahmefällen (pollicitatio ob honorem, d. h. wegen einer erwiesenen Ehre oder aus einem sonstigen gerechtfertigten Anlasse zugunsten des gemeinen Besten, und votum ad

---

Auslegung, Erlöschung) der Verträge im 17. Hauptstücke (§§ 859—937) unter der Überschrift „Von Verträgen überhaupt" behandelt. Hierauf folgt in gesonderten Hauptstücken die Behandlung der einzelnen Verträge und zwar: Schenkung, Verwahrungsvertrag, Leihvertrag, Darlehen, Bevollmächtigung und andere Arten der Geschäftsführung, Tausch, Kauf, Bestandvertrag, Verträge über Dienstleistungen, Gütergemeinschaftsvertrag, Ehepakte, Glücksverträge.

pias causas; D. De pollicitationibus 50, 12). Nach rR. ist daher eine Offerte bis zu ihrer rechtsverbindlichen Annahme, d. h. bis zum Zustandekommen des Vertrags, frei widerruflich[2]).

2. Es fragt sich ferner, mit welchem Augenblicke der Vertrag als geschlossen gilt? Diese Frage, die besonders für das rR. große Bedeutung hatte, da erst mit dem Vertragsschlusse die Widerruflichkeit der Offerte beseitigt war, beantwortet sich nach den sog. Vertragstheorien (S. 272). Bei Zugrundelegung der hier angenommenen Empfangstheorie gilt daher der Vertrag grundsätzlich (vgl. jedoch ABGB. § 862 u. HGB. Art. 321) als geschlossen im Augenblicke des Eintreffens der Annahmeerklärung beim Offerenten.

b. Vorverhandlungen.

Jeder Vertrag setzt die Einigung der Beteiligten mindestens über die gesetzlichen Begriffsmerkmale (essentialia negotii, S. 236) voraus. Die Parteien können aber auch noch andere Punkte außer den gesetzlichen Essentialien für wesentlich erklären (sog. gewillkürte Essentialien), und der Vertrag ist in einem solchen Fall erst mit der Einigung auch über diese Punkte geschlossen. Beurkunden die Parteien vor der Einigung über alle als wesentlich zu erachtenden Punkte einen Teil derselben (sog. Traktate), dann ist der

---

[2]) Dies war auch die herrschende Meinung des Gemeinen Rechts. Wegen der dadurch hervorgerufenen Verkehrsunsicherheit bestimmt ABGB. § 862: „Wenn zur Annahme des Versprechens kein Zeitraum bedungen worden ist, so muß ein mündliches Versprechen ohne Verzug angenommen werden. Bei dem schriftlichen kommt es darauf an, ob beide Teile sich an demselben Orte befinden oder nicht. Im ersteren Falle muß die Annahme in 24 Stunden; im zweiten aber innerhalb jenes Zeitraums, welcher zur zweimaligen Beantwortung nötig ist, erfolgen, und dem versprechenden Teile bekannt gemacht werden; widrigenfalls ist das Versprechen erloschen. Vor Ablauf des festgesetzten Zeitraumes kann das Versprechen nicht zurückgenommen werden."

Der römischen Anschauung, daß die Offerte den Antragsteller nicht bindet, entsprechend, läßt das rR. die Offerte wirkungslos werden, wenn der Antragsteller stirbt oder geschäftsunfähig wird. Ebenso ABGB. § 918, entgegengesetzt HGB. Art. 297.

Vertrag, auch soweit er in dem Traktate bereits beurkundet ist, doch erst mit der endgültigen Einigung als geschlossen anzusehen (ebenso ABGB. §§ 861, 884). Freilich kann die Absicht der Parteien auch dahin gehen, daß das jedesmal Beurkundete selbständige Geltung haben soll. Solche bindenden Beurkundungen heißen Punktationen (minuta — ABGB. § 885).

Ist bei einem auch mündlich gültigen Vertrage Beurkundung verabredet, dann gilt nach Justinians l. 17 C. 4, 21 (ebenso ABGB. § 884) der Vertrag erst mit der Beurkundung als zustande gekommen. Zur Beseitigung des Zweifels, ob ein Vertrag schon bindend zustande gekommen ist, dient die arrha (unten § 74 a).

Mit den Vorverhandlungen nicht zu verwechseln sind die Vorverträge, d. h. bindend abgeschlossene Verträge, in denen ein Teil die Verpflichtung zum Abschluß eines anderen Vertrags übernimmt (pacta de contrahendo, zB. de cedendo, retroemendo, cambiando).

## Bedingung. Zeitbestimmung.

### § 49. Die Bedingung.

a. Nebenbestimmungen.

Führt eine Willenserklärung den durch sie erstrebten Rechtserfolg sogleich und unabhängig von anderen Umständen herbei, so heißt das Rechtsgeschäft ein „reines", negotium purum. Häufig fügt jedoch der ein Rechtsgeschäft Vornehmende seiner Erklärung eine Beschränkung bei, sei es, daß die Erklärung nur beim Eintritt eines gewissen Umstands wirksam werden (Suspensivbedingung) oder bleiben soll (Resolutivbedingung) oder daß sie erst von einem gewissen Zeitpunkt an (aufschiebende Befristung, dies a quo) oder nur bis zu einem gewissen Zeitpunkt (auflösende Befristung, dies ad quem) wirken soll oder daß der durch eine Willenserklärung Begünstigte seinerseits eine Leistung bewirken soll (Auflage). Bedingung (condicio), Zeit-

bestimmung (dies) und Auflage (modus) pflegt man als Nebenbestimmungen des Rechtsgeschäfts (nach Savigny: Selbstbeschränkungen des Willens) zu bezeichnen, ohne daß diese Zusammenfassung jedoch praktische Bedeutung hätte. Hier sind nur condicio und dies zu behandeln; der modus ist bei der Schenkung darzustellen (unten § 90 c 2).

b. Begriff der Bedingung[1]).

Bedingung ist der einer Willenserklärung durch den Erklärenden zugefügte, künftige, ungewisse Umstand, von dessen Eintritt die Rechtswirkung der Willenserklärung abhängig ist[2]).

Keine wahren Bedingungen (uneigentliche Bedingungen, condiciones falsae, quae solam figuram, sed non vim condicionis habent) sind hiernach:

1. die Rechtsbedingungen (condiciones tacitae, quae extrinsecus veniunt, D. 35, 1, 19, heute condiciones iuris genannt), d. h. zukünftige, ungewisse Umstände, von denen die Wirkung eines Rechtsgeschäfts begrifflich oder kraft Rechtssatzes, also nicht kraft des Willens des Erklärenden abhängt (vgl. D. 35, 1, 19, 1; „wenn A mich überlebt, soll er mein Erbe sein", „wenn A mein Erbe wird, soll er folgende Legate auszahlen", „wenn meine Tochter B sich verheiratet, soll sie folgende Ausstattung erhalten");

2. die condiciones in praesens vel in praeteritum collatae, d. h. solche, bei denen die Rechts-

---

[1]) D. 35, 1: De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur.

[2]) Jhering, Geist des rR.: „Die Bedingung ermöglicht der Partei, die Zukunft von sich, ohne sich von der Zukunft abhängig zu machen." Durch diese Abhängigkeit der Rechtswirkung der Willenserklärung vom Eintritte der Bedingung unterscheidet sich diese von der Auflage (modus); die unter einer Auflage abgegebene Willenserklärung wird ohne Rücksicht auf die Erfüllung der Auflage wirksam, freilich kann die Erfüllung der Auflage erzwungen werden; „die Bedingung suspendiert, aber zwingt nicht; der Modus zwingt, aber suspendiert nicht"; vgl. unten § 90 c 2.

wirkung von einem schon eingetretenen, wenn auch den Parteien noch nicht bekannten Ereignis abhängt. Hier tritt kein Schwebezustand ein; „quae enim per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint“ (I. 3, 15, 6, vgl. D. 12, 1, 37);

3. die notwendigen und unmöglichen Bedingungen (condiciones necessariae und impossibiles), d. h. solche, bei denen es zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung bereits feststeht, daß der zur Bedingung gesetzte Umstand eintreten muß oder nicht eintreten kann. Zu den notwendigen Bedingungen gehören auch die sog. negativ-unmöglichen, bei welchen die Wirkungen des Rechtsgeschäfts von dem Nichteintreten eines unmöglichen Umstands abhängig gemacht sind (in non faciendo impossibiles, zB. si in coelum non ascenderis, si intra calendas digito coelum non tetigerit; D. 45, 1, 7 und 8; D. 28, 5, 51, 1). Auch hier ist kein Schwebezustand denkbar; vgl. D. 35, 1, 79.[3])

c. Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte.

1. Das rR. ließ Bedingungen ursprünglich überhaupt nur bei negotia mortis causa zu, erst später auch bei negotia inter vivos und unter diesen am spätesten bei den synallagmatischen Verträgen: Kauf, Miete (D. 19, 2, 20), Gesellschaft (C. 4, 37, 6). Gewisse Rechtsgeschäfte, nämlich

[3]) Die notwendige Suspensivbedingung gilt als nicht zugefügt (D. 46, 2, 9, 1), die notwendige Resolutivbedingung vernichtet die Willenserklärung; die unmögliche Suspensivbedingung vernichtet die Willenserklärung, die unmögliche Resolutivbedingung gilt als nicht zugefügt. Von der Regel, daß die unmögliche Suspensivbedingung das Geschäft vernichtet, machte das rR. nach der von Justinian aufgenommenen Ansicht der Sabinianer (I. 2, 14, 10, vgl. G. 3, 98) eine Ausnahme für die letztwilligen Verfügungen. Bei diesen sollte eine unmögliche Suspensivbedingung wegen des favor testamenti (S. 273) „pro non scripta“, die letztwillige Verfügung also als unbedingt gelten. Das ABGB. kennt diese Ausnahme nicht. Unmögliche Suspensivbedingungen machen sonach nach ABGB. das Rechtsgeschäft inter vivos und mortis causa gleichmäßig nichtig, unmögliche Resolutivbedingungen sind gleichmäßig bedeutungslos; über den Grund der verschiedenartigen Behandlung der Suspensiv- und der Resolutivbedingungen vgl. S. 290.

die — nach ihren Anfangsbuchstaben mit dem Merkwort „Hades" bezeichneten — Geschäfte des alten Civilrechts (actus legitimi: hereditatis aditio, acceptilatio, datio tutoris, emancipatio, servi optio) wurden aber auch nach späterem rR. durch die Hinzufügung jeder Bedingung (oder Befristung, S. 297[1]) nichtig, selbst wenn es sich nur um die (überflüssige) Hervorhebung einer gesetzlichen, also selbstverständlichen, oder einer sonstigen uneigentlichen Bedingung handelt (D. 50, 17, 195: expressa nocent, non expressa non nocent).[4])

2. Wegen des — dem ABGB. fremden — Grundsatzes „semel heres, semper heres" (D. 28, 5, 89, s. u.) gilt die einer Erbeinsetzung zugefügte Resolutivbedingung — außer im Soldatentestamente — für nichtgeschrieben, die Erbeinsetzung also als unbedingt[5]).

### d. Arten der Bedingungen.

1. Unerlaubte und unsittliche Bedingungen sind solche, durch deren Zufügung die Willenserklärung einen den Gesetzen oder den guten Sitten zuwiderlaufenden Inhalt

---

[4]) D. 50, 17, 77: Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio (nach der Florentina „mancipatio"), acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio (Wahlvermächtnis), datio tutoris in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem. Nonnumquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt.

[5]) Nach modernem Rechte sind keiner Bedingung zugänglich: die Eheschließung, die Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes und die Ehelichkeitserklärung (Legitimation, ABGB. § 162), die Annahme an Kindes Statt und die Aufhebung dieses Verhältnisses (ABGB. §§ 179, 181, 185), die Entlassung aus der väterlichen Gewalt (ABGB. § 174), die Hinterlassung des Pflichtteiles (ABGB. § 774), die Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft, eines Vermächtnisses sowie einer Testamentsvollstreckung (§§ 806, 816). Alle diese Rechtsgeschäfte lassen auch eine Befristung nicht zu.

Ferner sind nur bedingungslos zulässig die Wechselerklärung (Ausstellung, Annahme, Indossierung, vgl. WO. Art. 4, 7, 22), der Klageantrag („bestimmtes Begehren" ZPO. § 226) und die Einlegung von Rechtsmitteln.

erhält (Frl. A verspricht der Hebamme B unter der Bedingung erfolgreicher Abtreibung 1000 K., A verspricht dem B eine jährliche Rente, falls er seinen Glauben wechselt). An sich machen die unerlaubten (und die ihnen stets gleich zu stellenden unsittlichen) Bedingungen die Willenserklärung nichtig, wenn sie suspensive sind, während sie als resolutive als nicht vorhanden anzusehen sind (D. 45, 1, 61).[6]) Von diesem Satze macht jedoch das rR. (nicht aber das ABGB.), wie für die unmöglichen Bedingungen (S. 286[3]), wegen des favor testamenti eine Ausnahme: bei letztwilligen Verfügungen gelten auch aufschiebende unerlaubte und unsittliche Bedingungen für nicht geschrieben, die Verfügungen also als unbedingte[7]). Hiernach vernichten unerlaubte (unsittliche, unmögliche) Bedingungen nach rR. eine Willenserklärung nur, wenn sie aufschiebende und einem negotium inter vivos beigefügt sind; unerlaubte Resolutivbedingungen gelten sowohl bei Geschäften inter vivos (anders ABGB. § 898) als bei solchen mortis causa, unerlaubte Suspensivbedingungen nur

---

[6]) Über den Grund dieser Unterscheidung vgl. unten S. 290.

[7]) Von diesem Ausnahmesatze erkennt das rR. nun aber wieder einige Ausnahmen an, in denen es also bei der für negotia inter vivos geltenden Regel bleibt, daß die von einer suspensiven unerlaubten Bedingung abhängige Willenserklärung nichtig ist.

a. Nichtig (weil gegen die Testierfreiheit verstoßend) ist die kaptatorische Zuwendung, d. h. eine Zuwendung, die unter der Bedingung erfolgt, daß der Bedachte seinerseits dem Testator (oder einem Dritten) etwas zuwenden werde (vgl. D. 28, 5, 71 und 72).

b. Ungültig sind nach vorjustinianischem Rechte ferner die legata poenae nomine relicta, bei denen jemand für den Fall bedacht ist, daß der Erbe eine gewisse Handlung vornehmen oder unterlassen werde, weil die Absicht des Testators hierbei nicht auf eine Zuwendung an den Bedachten, sondern auf eine Benachteiligung des Erben für den Fall des Zuwiderhandelns gegen den Willen des Testators gerichtet sei. Justinian hat die Unzulässigkeit der Straflegate beseitigt (G. 2, 235, I. 2, 20, 36, C. 6, 41, 1).

c. Die condicio iurisiurandi, d. h. die letztwillige Zuwendung unter der Bedingung, daß der Bedachte schwöre, etwas zu tun, wurde durch das prätorische Edikt in eine Auflage (modus) umgewandelt, d. h. der Bedachte erhielt die Zuwendung ohne Eidesleistung, mußte aber die Handlung, sofern sie möglich und erlaubt war, ausführen (D. 28, 7, 8).

negotia mortis causa als nicht vorhanden. Den unerlaubten stehen gleich (D. 28, 7, 14) die unnützen, d. h. die jedes vernünftigen Zwecks entbehrenden (heres esto, si reliquias eius in mare abiciat, D. 28, 7, 27), und die lächerlichen (condiciones derisoriae), die eine Verhöhnung des bedingt Berechtigten bezwecken (D. 28, 7, 14).

2. Perplexe Bedingungen,

d. h. widersinnige, durch deren Zufügung die Willenserklärung unverständlich wird (D. 28, 7, 16: si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto), entkräften als aufschiebende die Willenserklärung, als auflösende gelten sie als nicht zugefügt; vgl. hingegen ABGB. § 898.

3. Willkürliche, zufällige, gemischte Bedingungen.

Im Anschluß an C. 6, 51, 1, 7 unterscheidet man condiciones potestativae, casuales, mixtae, je nachdem der Eintritt des zur Bedingung gemachten Umstands von dem Willen eines Beteiligten (si in capitolium ascenderit, D. 31, 3) oder vom Zufall (ich miete einen Wagen, falls es schön bleibt) oder von beiden (A soll 1000 K. erhalten, falls er die Richteramtsprüfung macht) abhängt. Eine vom nackten Wollen des bedingt Verpflichteten abhängig gemachte Willenserklärung ist wirkungslos (sub hac condicione „si volam" nulla fit obligatio, D. 44, 7, 8, eine Ausnahme bildet der Kauf auf Probe, unten § 88 a); dagegen kann das billige Ermessen (arbitrium boni viri) des bedingt Verpflichteten oder das selbst nackte Wollen des bedingt Berechtigten zur Bedingung gemacht werden.

Eine besondere Art der willkürlichen Bedingung ist die sog. negative Potestativbedingung (condicio in non faciendo, zB. viduitatis). Hier entscheidet sich das Rechtsgeschäft erst mit dem Tode desjenigen, dessen Nichthandeln zur Bedingung gesetzt ist. Hierauf beruht die cautio Muciana (D. 35, 1, 18, s. u. im Erbrecht).

4. Affirmative und negative Bedingungen.

Affirmativ ist eine Bedingung, wenn das Eintreten, negativ, wenn das Nichteintreten eines Umstands zur Er-

füllung erforderlich ist. Auf die positive oder negative Fassung kommt es nicht an; „wenn A nicht bei der Prüfung durchfällt" ist eine affirmative, „wenn A Hagestolz bleibt" eine negative Bedingung; denn im ersteren Fall ist das Bestehen der Prüfung im letzteren das Nichtheiraten der bedingende Umstand.

### 5. Aufschiebende und auflösende Bedingung.

#### a. Begriff.

Eine aufschiebende oder Suspensivbedingung ist vorhanden, wenn das Wirksamwerden, eine auflösende oder Resolutivbedingung, wenn das Wirksambleiben einer Willenserklärung von dem Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Umstands abhängt (zB. falls mein Neffe A bis zum 1. Januar 1905 seine Richteramtsprüfung macht, soll er aus meinem Nachlasse bis zu seiner Anstellung als Bezirksrichter eine jährliche Rente von 3000 K. erhalten; dagegen: mein Neffe A erhält 10000 K., er muß diesen Betrag jedoch, falls er nicht bis zum 1. Januar 1905 die Richteramtsprüfung macht, meinen Neffen B herauszahlen).

Das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft ist nicht aufzufassen als ein unbedingtes Geschäft, dem durch eine selbständige, besonderer rechtlicher Behandlung zugängliche Nebenwillenserklärung ein bestimmter Inhalt gegeben ist, sondern als eine einheitliche und besonders geartete Willenserklärung. Dagegen läßt sich das auflösend bedingte Rechtsgeschäft — wenigstens nach der herrschenden Meinung — in zwei selbständige Willenserklärungen teilen: nämlich eine Hauptwillenserklärung und eine auf Aufhebung dieser gerichtete, aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung. Diesen Unterschied scheinen auch die römischen Juristen gefühlt zu haben, welche die auflösende Bedingung hauptsächlich gelegentlich der Nebenverträge beim Kauf (unten § 75): der in diem addictio (Vorbehalt des Rücktritts für den Verkäufer, falls sich binnen bestimmter Frist ein besserer Käufer findet), der lex commissoria (Vorbehalt des Rücktritts für den Verkäufer bei nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises) und des pactum displicentiae (Vorbehalt des Rücktritts für den

Käufer binnen einer gewissen Frist) behandeln. Sie nennen das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft „negotium condicionale", das auflösend bedingte „negotium purum quod sub condicione resolvitur", die aufschiebende Bedingung „condicio", die auflösende „conventio"; vgl. zB. D. 18, 2, 2, pr.: Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est.

Die praktische Bedeutung der vorstehenden Darlegung, nach welcher das suspensiv bedingte Geschäft ein einheitliches ist, während das resolutiv bedingte Rechtsgeschäft sich in ein unbedingtes Hauptgeschäft und ein aufschiebend bedingtes Nebengeschäft teilt, zeigt sich zunächst in der gegensätzlichen Behandlung der aufschiebenden und der auflösenden notwendigen, unmöglichen (S. 286[3]), unsittlichen, unerlaubten (S. 287) und perplexen (S. 289) Bedingungen, vor allem aber bei der wichtigen Frage der Regelung der Beweislast. Wenn der aus einem Rechtsgeschäft in Anspruch genommene behauptet, es sei unter einer — noch nicht eingetretenen oder ausgefallenen — aufschiebenden Bedingung abgeschlossen, so gilt diese Einwendung als „negative Litiskontestation", nämlich als Bestreiten, daß das vom Kläger behauptete (unbedingte) Geschäft überhaupt geschlossen sei; daher muß der Kläger beweisen, daß das Geschäft unbedingt abgeschlossen ist, oder falls er zugibt, daß die Bedingung beigefügt ist, daß sie sich erfüllt hat. Wenn der Beklagte dagegen einwendet, daß Geschäft sei unter einer — inzwischen eingetretenen — auflösenden Bedingung abgeschlossen, so gibt er ein Geschäft als geschlossen zu, behauptet aber einerseits (sog. qualifiziertes Geständnis, vgl. CPO. § 266 Abs. 2), daß dem Geschäft eine selbständige Nebenbestimmung (die auflösende Bedingung) beigefügt worden sei; daher muß er sowohl beweisen, daß diese Zufügung erfolgt, als auch daß die auflösende Bedingung eingetreten ist[8]).

[8]) Über diese berühmte Beweislastfrage vgl. Unger, System II S. 572 ff.

### β. Die aufschiebende Bedingung.

#### a. Schwebezeit (condicio pendet).

In der Zeit zwischen der Abgabe der Willenserklärung und der Entscheidung, ob das als Bedingung gesetzte Ereignis eintritt (condicio existit) oder nicht (condicio deficit), ist die Willenserklärung noch nicht wirksam; es kann daher zB. noch nicht auf Erfüllung eines bedingten Kauf-, Miet-, Schenkungsvertrags geklagt werden (D. 20, 1, 13, 5: ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur) und bei bedingten Käufen geht nach rR. die Gefahr nicht, wie bei unbedingten (unten § 85 b 2), mit dem Abschlusse des Kaufvertrags auf den Käufer über (C. 4, 48, 5). Immerhin kann die Aussicht des Eintritts gewisser Rechtswirkungen vom Rechte nicht völlig außer acht gelassen werden.

1) Vom Standpunkte des Berechtigten ist das bedingte Recht bereits ein Vermögensbestandteil („spes debitum iri", I. 3, 15, 4), daher zB. genügende Grundlage für Bürgschaft, Pfand oder Arrest (EO. § 378, nicht aber für die Ersitzung, D. 18, 2, 4, pr.); es ist ferner veräußerlich (vgl. jedoch D. 35, 1, 41 für bedingte Vermächtnisforderungen) und bei negotia inter vivos vererblich (I. 3, 15, 4 und ABGB. § 900). Dagegen ist die aufschiebend bedingte letztwillige Zuwendung — da die Absicht des Testators auf Zuwendung an den Bedachten persönlich gerichtet ist — unvererblich (C. 6, 51, 1, 7). Stirbt nämlich der Bedachte vor Eintritt der Bedingung, wenn auch nach dem Tode des Erblassers, so geht auf seine Erben nichts über (ebenso ABGB. § 703).

2) Auf seiten des Verpflichteten ist bereits eine gewisse Gebundenheit vorhanden, die sich in der Verantwortlichkeit des bedingt Verpflichteten für willkürliche Beeinträchtigungen des Rechts des bedingt Berechtigten und insbesondere in der Unzulässigkeit einer geschäftswidrigen Einwirkung auf den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung äußert, dergestalt, daß die vereitelte Bedingung als eingetreten, die herbeigeführte als ausgefallen angesehen wird (quotiens

per eum, cuius interest, condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset, D. 50, 17, 161; 18, 1, 50; 35, 1, 81, 1; 45, 1, 85, 7).

b. Entscheidung der Bedingung.

1) Wann eine Bedingung als eingetreten oder ausgefallen anzusehen ist, ist Auslegungsfrage (vgl. zB. D. 35, 1, 29: haec condicio, „si in Capitolium ascenderit" sic recipienda est „si cum primum potuerit Capitolium ascendere"); vgl. ferner D. 35, 1, 2 (absichtliche, nicht bloß zufällige Erfüllung). Nach D. 28, 7, 23 und 36, 2, 5 soll die bedingte letztwillige Zuwendung schon dann von dem Bedachten erworben werden, wenn diesem eine Handlung auferlegt war, die vorzunehmen er fruchtlos versucht hatte (verallgemeinert im kanonischen Recht in VI^to 5, 12, 66: cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus condicio impleatur, haberi debet perinde, ac si impleta fuisset; vgl. dagegen ABGB. § 699).

2) Mit dem Eintritte der aufschiebenden Bedingung wird das Rechtsgeschäft vollwirksam, D. 18, 1, 7 und zwar tritt die Vollwirksamkeit jedenfalls für die Folgezeit (ex nunc) ein; ob auch ex tunc, d. h. von der Vornahme des Rechtsgeschäfts an, also mit rückwirkender Kraft (sog. Retrotraktion der eingetretenen Bedingung), ist für das rR. streitig. Dies ist jedenfalls zu verneinen hinsichtlich der Wirkungen des Rechtsgeschäfts, denn jede aufschiebende Bedingung ist in der Regel gleichzeitig als Befristung (dies incertus) anzusehen, so daß der bedingt Berechtigte nach Eintritt der Bedingung zB. die Nutzungen der Zwischenzeit nicht beanspruchen kann (D. 30, 30, 4: dies incertus appellatur condicio; D. 36, 2, 22, pr.) per condicionem tempus demonstratur). Auch die Anspruchsverjährung beginnt erst mit Eintritt der Bedingung zu laufen (C. 7, 39, 7, 4). In der Tat bezieht sich der Streit, mit Rücksicht auf die sich widersprechenden Quellenstellen, wesentlich darauf, ob das Dogma „condicio existens retrotrahitur ad initium ne-

gotii" nicht wenigstens hinsichtlich des Daseins des Rechtsgeschäfts aufrechtzuerhalten sei[9]).

3) Mit dem Ausfalle der aufschiebenden Bedingung ergibt sich endgültig die Wirkungslosigkeit des Geschäfts. Sollte ein Teil hierauf schon etwas geleistet haben, so fordert er es mit der condictio causa data causa non secuta (vgl. ABGB. §§ 919, 1048, 1447, siehe auch unten § 111 b) zurück. In Vertragsverhältnissen wirkt die ehemalige Existenz des bedingt geschlossenen Vertrags aber noch insofern weiter, als die Zurückforderung mit der dem Zurückfordernden regelmäßig günstigeren Vertragsklage erfolgen kann (D. 18, 3, 4, pr.).

### γ. Die auflösende Bedingung.

a. Die Willenserklärung, der eine auflösende Bedingung beigefügt ist, wird sogleich wirksam und der auch hier eintretende Schwebezustand bezieht sich nicht auf das Wirksamwerden, sondern auf das Wirksambleiben des Rechtsgeschäfts. Daher kann der auflösend-bedingt Berechtigte ersitzen, Früchte ziehen, Akzessionen erwerben (D. 18, 2, 2, 1). Die Möglichkeit späteren Unwirksamwerdens wird vom Recht in gewissen Beziehungen überhaupt nicht berücksichtigt, wohl aber (ent-

[9]) Bezüglich der Forderungsrechte berufen die Anhänger des Dogmas der Rückziehung sich auf D. 20, 4, 11, 1, wo hinsichtlich der Priorität der Pfandrechte gesagt wird: cum semel condicio existit, perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset; bezüglich der besonders bestrittenen bedingten Eigentumsübertragung vgl. D. 23, 3, 9, 1, D. 12, 1, 8. Ob die erfüllte Bedingung hinsichtlich der Wirkungen rückwirkende Kraft habe, ist nach österr. Rechte sehr bestritten. Dafür zB. Unger, System II S. 71, 76, Krainz, System § 110, dagegen Stubenrauch, Kommentar S. 78. Für die letztere Ansicht scheinen die §§ 1083, 1085 ABGB., für die erstere die Vorschriften über Pränotation (ABGB. § 438, AGG. § 49) und der Übergang suspensiv bedingter Rechte auf die Erben (ABGB. § 900) zu sprechen. Jedenfalls kommt es für die Geschäfts- und Verfügungsfähigkeit des ein bedingtes Geschäft abschließenden auf den Zeitpunkt des Geschäftsschlusses an, und von da an datiert auch das für eine bedingte Forderung bestellte Pfandrecht, was für dessen Rangordnung wichtig ist (prior tempore, potior iure, unten § 141 b; vgl. ABGB. § 453, EO. § 374, AGG. §§ 35—51).

sprechend der Regelung bei der Suspensivbedingung, S. 292) insofern, als der durch ein auflösend bedingtes Rechtsgeschäft Berechtigte weder das Recht des beim Eintritte der Resolutivbedingung Berechtigten vereiteln, noch den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindern darf.

b. Mit dem Ausfalle der Resolutivbedingung steht der Fortbestand der eingetretenen Rechtswirkung fest, mit ihrem Eintritt ist diese Rechtswirkung wieder zu beseitigen. Hierbei kommt zweierlei in Frage:

1) Wirkt die eintretende Resolutivbedingung bis auf die Eingehung des Rechtsgeschäfts zurück (ex tunc) oder nur für die Folgezeit (ex nunc)? Nach rR. gilt letzteres; nach österr. Recht ist die Frage bestritten (auch hier gilt das oben Anm. 9 gesagte).

2) Hat die eintretende Resolutivbedingung absolute (dingliche) oder nur relative (obligatorische) Kraft, d. h. werden die auf Grund des auflösend bedingten Rechtsgeschäfts eingetretenen Rechtswirkungen von selbst und auch dritten gegenüber wieder beseitigt (nach dem Satze resoluto iure dantis resolvitur ius concessum, S. 229), oder tritt nur unter den Beteiligten eine obligatorische Verpflichtung zu ihrer Beseitigung ein?

Das ältere rR. hat für die hauptsächlich behandelten auflösenden Bedingung beim Kaufe (pactum displicentiae, in diem addictio, lex commissoria, unten § 75) nur die obligatorische Wirkung anerkannt, das spätere Recht dagegen der eintretenden Resolutivbedingung, wenigstens für in diem addictio und die lex commissoria, absolute Wirkung beigelegt[10]).

---

[10]) Daher wird in C. 4, 54, 4 dem Verkäufer, der wegen Nichtzahlung des Kaufpreises auf Grund einer lex commissoria die Kaufsache zurückverlangt, die dingliche rei vindicatio, nicht nur die persönliche actio venditi gewährt.

## § 50. Die Befristung.

### a. Allgemeines.

Ein Rechtsgeschäft ist befristet, wenn es von dem Eintritt eines zukünftigen Zeitpunkts abhängig gemacht ist. Dieser Zeitpunkt (dies, Termin) kann als Anfangspunkt (heute dies a quo, aufschiebende Befristung genannt) oder als Endpunkt (heute dies ad quem, auflösende Befristung genannt) in Betracht kommen. Die Römer sprachen von stipulatio, debitum, hereditas „ex die“ und „ad diem“ (D. 28, 5, 34). „In diem“ wird für beide Terminsarten verwendet (I. 3, 15, 2 und D. 44, 7, 44, 1).

Das befristetete Rechtsgeschäft hängt gleich dem bedingten in seiner Wirksamkeit von einem zukünftigen Umstand ab; der Eintritt des letzteren ist aber beim bedingten Rechtsgeschäft ungewiß, beim befristeten gewiß. Trotz der Einfachheit dieses begrifflichen Unterschieds ist die Unterscheidung häufig zweifelhaft, da eine anscheinende Befristung vielfach in Wahrheit eine Bedingung ist (per tempus condicio demonstratur, S. 293) und umgekehrt. Man pflegt 4 Arten von Zeitbestimmungen zu unterscheiden: dies certus an et quando (zB. ein versichertes Kapital ist zahlbar am 8. Februar 1915), dies certus an incertus quando (zahlbar bei meinem Tode), dies incertus an, certus quando (zahlbar an meinem 70. Geburtstage), dies incertus an et quando (zahlbar am Hochzeitstage meiner Tochter) und hält die beiden ersten für Befristungen, die beiden letzten für Bedingungen. Auch dies ist jedoch nicht maßgebend, vielmehr ist die Frage, ob eine Zeitbestimmung dies oder condicio ist, nach den Umständen des einzelnen Falls zu entscheiden, je nachdem es den Beteiligten mehr darauf ankommt, ob der Eintritt des Ereignisses an sich oder nur dessen Zeitpunkt ungewiß ist[1]).

---

[1]) Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung tritt besonders bei der Frage der Vererblichkeit hervor. Befristete, nicht aber bedingte Vermächtnisse sind nach rR. vererblich (D. 35, 1, 1, 2; vgl. ABGB. § 705). Gerade hierbei ist in den Quellen darauf hingewiesen,

### b. Der Anfangstermin.

Beim dies a quo entsteht, wie bei der sich verwirklichenden Suspensivbedingung (S. 293) die Frage, wie das Rechtsgeschäft vom Tage seiner Vornahme (dies cedens) bis zum Eintritte des Anfangstermins (dies veniens)[2]) zu behandeln sei. Auf Grund widersprechender Quellenstellen[3]) ist es für das rR. streitig, ob das Rechtsgeschäft schon vom dies cedens an vorhanden ist, aber erst vom dies veniens an seine Erfüllung verlangt werden kann (Savigny),

daß es von der Auslegung des Testaments abhängt, ob der einem Vermächtnisse beigefügte ungewisse Termin nur zur Bezeichnung der Erfüllungszeit dient oder ob seine Erreichung durch den Bedachten Bedingung der Zuwendung selbst sein soll; vgl. D. 36, 1, 48 und die merkwürdige Unterscheidung in D. 35, 1, 79, pr.

Der Unterschied zwischen bedingten und befristeten Rechtsgeschäften kommt auch im Konkurse (vgl. KO. §§ 14 ff.), ferner bei der Regelung der Beweislast in Frage.

Endlich hat die Kennzeichnung einer Zufügung als einer Bedingung oder einer Befristung noch insofern praktische Bedeutung, als nicht alle (wenn auch die meisten) bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäfte (S. 286) auch eine Befristung ausschließen, so zB. nicht der Wechsel (WO. Art. 4[4]).

[2]) Die Römer stellen sich die Zeitbewegung örtlich vor. Der dies verläßt — cedit — den Punkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts und kommt — venit — bei einem bestimmten anderen Zeitpunkt an. Vgl. D. 50, 16, 213: „Cedere diem" significat incipere deberi pecuniam; „venire diem" significat eum diem venisse, quo pecunia peti possit. ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies: ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit: ubi sub condicione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione.

[3]) Einerseits heißt es in D. 45, 1, 46, pr. von der befristeten Obligation: praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio, und in D. 12, 6, 10 bei Feststellung der Unzulässigkeit einer condictio indebiti (vgl. ABGB. § 1434): in diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit; nach D. 20, 4, 12, 2 datiert ferner die unter einer aufschiebenden Befristung eingegangene Hypothek vom Tage der Bestellung, nicht des eintretenden dies, geht also zwischendurch bestellten unbefristeten Hypotheken vor. Die Anhänger der Meinung, daß das Rechtsgeschäft erst mit dem Eintritte des dies rechtswirksam wird, weisen dagegen vor allem auf die allein dieser Auffassung entsprechende Behandlung der dinglichen Rechte in den Quellen hin (D. 7, 9, 9, 2; 7, 4, 1, 2).

oder ob es erst mit dem letzteren Zeitpunkt entsteht, so daß vorher nur eine Gebundenheit des Verpflichteten wie beim suspensiv bedingten Geschäfte während der Schwebezeit entsteht[4]).

### c. Der Endtermin.

Beim dies ad quem ist, wie für den Eintritt der Resolutivbedingung (S. 295), für das rR. streitig, ob mit Eintritt des Endtermins dieses Recht ipso iure untergeht (sog. dingliche Wirkung), oder ob nur eine obligatorische Verpflichtung des Berechtigten zur ferneren Nichtausübung und zur Rückübertragung des Rechts entsteht[5]).

---

[4]) Nach richtiger Ansicht läßt sich diese Frage sowohl für das rR. als für das ABGB. nicht einheitlich, sondern nur nach dem einzelnen Fall entscheiden; das österr. Recht scheint sich übrigens der ersteren Ansicht zuzueignen (vgl. ABGB. §§ 545, 705, 904, 1434).

[5]) Gemeinrechtlich wurde vorwiegend die dingliche Wirkung verteidigt, die auch der geschichtlichen Entwicklung entspricht. Nach älterem römischem Civilrechte war die Zufügung eines Endtermins beim Nießbrauch und Pfandrechte, bei der Superfizies und Emphyteuse sowie bei fast allen Obligationen zulässig und bei diesen Geschäften hörte mit Eintritt des Termins das Recht ipso iure auf. Bei der Eigentumsübertragung, den Grunddienstbarkeiten und Stipulationsobligationen dagegen war nach Civilrecht ein Endtermin überhaupt unzulässig (ad tempus proprietas transferri nequit). Erst durch das prätorische Recht wurde seine Beifügung bei den Prädialservituten und den Stipulationsverbindlichkeiten zugelassen, aber nur mit der Wirkung, daß die Rechte mit dem Eintritte des Termins nicht ipso iure untergingen, sondern ihrer Geltendmachung eine exceptio entgegenstand und der bisher berechtigt gewesene zur Aufgabe und Rückübertragung der Rechte und zur Beseitigung der in der Zwischenzeit diesen etwa auferlegten Beschränkungen persönlich (obligatio ad restituendum) verpflichtet war. Diokletian und Justinian endlich bestimmten (C. 8, 54, 2, C. 6, 37, 26), daß bei der zeitlich beschränkten Eigentumsübertragung auf Grund einer Schenkung oder eines Vermächtnisses mit dem Eintritte des Endtermins das Eigentum von selbst an den Veräußerer zurückfallen solle (sog. revokables oder interimistisches Eigentum). Manche meinen freilich, daß auch diese Stellen nur eine obligatio ad restituendum im Auge haben. Jedenfalls ist für das moderne Recht kein Grund vorhanden, Zulässigkeit und Wirkung der Endtermine nach den verschiedenen Geschäftsgattungen verschieden zu bestimmen, und so erlischt auch nach ABGB. § 1449 jedes Recht mit dem Eintritte des Endtermins sofort.

# Vertretung. Vollmacht.

## § 51. Vertretung und Vollmacht.

### a. Begriff der Vertretung.

Stellvertretung (das ABGB. spricht in dem 22. Hauptstücke „Von der Bevollmächtigung und anderen Arten der Geschäftsführung") ist Vornahme eines Rechtsgeschäfts für einen Anderen (den Vertretenen oder „Prinzipal"). Keine Stellvertretung gibt es bei Delikten, und Stellvertreter (procurator, D. 3, 3, 1, pr.) ist nur, wer für einen Anderen ein Rechtsgeschäft vornimmt, nicht wer hierbei nur Dienste tatsächlicher Natur (D. 13, 5, 15: ministerium tantummodo) leistet, wie der Gehilfe, der Dolmetscher, der Bote (nuntius), der Vermittler (proxeneta). Stellvertretung ist ferner nur Handeln für einen Anderen; daher gelten im rR. die namens des Hausherrn handelnden Hauskinder und Sklaven nicht als seine Vertreter, da sie mit ihm nur eine einzige Rechtspersönlichkeit bilden (S. 148, 169). Endlich ist Stellvertretung Handeln an Stelle eines Anderen. Dies bedarf näherer Erläuterung.

Nimmt jemand im Interesse eines Anderen („für fremde Rechnung") ein Rechtsgeschäft vor, so kann dies in doppelter Weise geschehen: entweder so, daß der Handelnde das Geschäft im eigenen Namen vornimmt, hierbei tritt das Handeln für Rechnung des Anderen nach außen garnicht hervor, und dieser erwirbt daher Rechte und Pflichten erst mittelbar, nämlich durch Übertragung seitens des Handelnden, die er freilich auf Grund des zwischen ihm und dem Handelnden bestehenden Rechtsverhältnisses (zB. Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Vormundschaft) mit den entsprechenden Klagen (actio mandati oder negotiorum gestorum directa, actio tutelae) erzwingen kann (stille, mittelbare, indirekte Stellvertretung). Oder die Vornahme eines Rechtsgeschäfts für Rechnung eines Anderen erfolgt so, daß das Geschäft auf den Namen des Vertretenen (alieno nomine) abgeschlossen wird, wobei Rechte und Pflichten nicht vom Vertreter, sondern unmittelbar vom

Vertretenen erworben werden, (offene, unmittelbare, direkte Stellvertretung).[1])

Das moderne Recht kennt (S. 305[6]) beide Formen des Handeln für einen Anderen, die mittelbare Stellvertretung besonders in der Gestalt des Kommissionsgeschäfts (HGB. Art. 360 ff.). Dagegen hat das rR. stets nur die Form der mittelbaren Stellvertretung anerkannt. Freilich gab es auch im rR. einen Fall unmittelbaren Rechtserwerbs durch einen Anderen, nämlich nach dem Grundsatze, daß dem Hausherrn alles unmittelbar anfällt, was Hauskinder oder Sklaven erwerben. Dies wurde jedoch, wie S. 169 erwähnt, nicht als Stellvertretung aufgefaßt, denn die Hausgenossen galten gewissermaßen nur als die Organe des Hausherrn. Das Dogma der Unzulässigkeit unmittelbarer Stellvertretung wurde hierdurch also nicht durchbrochen.

Die Bildung dieses für unser heutiges Verkehrsleben nicht mehr passenden und kaum noch verständlichen Satzes ist auf verschiedene Umstände zurückzuführen. In älterer Zeit reichten Sklaven und Hauskinder zur Besorgung der Verkehrsgeschäfte des Hauses regelmäßig aus; das Bedürfnis der Zulassung einer unmittelbaren Stellvertretung war deshalb gering. Das rR. ging ferner von dem Grundsatz aus, daß jeder seine Rechtsverhältnisse durch eigenes Handeln gestalten müsse — einem Satze, der u. a. in der Auffassung des Schuldverhältnisses als „iuris vinculum" (unten § 64 a 4) und in der Notwendigkeit des eigenen Handelns des Mündels, unter Beschränkung des Vormunds auf eine bloße „auctoritatis interpositio" (S. 241), Wirkungen äußerte. Endlich wirkte auch wohl die Anschauung mit, daß das Handeln für einen Anderen eines unabhängigen Freien nicht würdig sei. Aus diesen Gründen gelangte der

[1]) Beauftragt A den B, für ihn von C ein Pferd zu kaufen, dann kann (heute, S. 305[6]) B mit C den Kaufvertrag auf seinen eigenen Namen abschließen oder in Vollmacht des A in dessen Namen; im ersteren Falle hat C nur mit B zu tun, im letzteren Falle nur mit A. Nicht jede Vornahme eines Rechtsgeschäfts im Interesse eines Dritten ist übrigens Stellvertretung, so insbesondere nicht der Abschluß eines pactum in favorem tertii (unten § 73[1]).

Satz zur Geltung: „per liberam personam nihil adquiri posse“ (C. 4, 27, 1, pr.).

Mit der Steigerung des Verkehrs wurde dieser Grundsatz der Unzulässigkeit unmittelbarer Stellvertretung als Hindernis empfunden. Vor allem konnten Gewaltuntergebene zwar für Erwerbs-, nicht aber für Verpflichtungsgeschäfte als Organe des Gewalthabers handeln. Was Gewaltuntergebene erwarben, fiel dem Gewalthaber zu; gingen sie aber Verpflichtungsgeschäfte ein, so konnte der Gegner sich nur an sie, nicht an den Gewalthaber halten. Den hierdurch hervorgerufenen Schwierigkeiten begegnete das spätere römische Recht auf doppelte Weise, jedoch unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung der Unzulässigkeit unmittelbarer Stellvertretung.

1. Einerseits zog man die Linie der zulässigen tatsächlichen Vertretung (ministerium, S. 299) sehr weit und gelangte so zur Möglichkeit eines unmittelbaren Besitzerwerbs und dadurch vermittelten Eigentums- und Pfandrechtserwerbs durch einen Dritten[2]). Dagegen blieb es für die Schuldverhältnisse noch im justinianischen Rechte bei der Unzulässigkeit unmittelbarer Vertretung. Nur für das Darlehen wurde eine Ausnahme gemacht. Lieh jemand Geld auf den Namen eines Anderen, so erwarb dieser ohne weiteres die Darlehnsklage (D. 12, 1, 9, 8); vgl. die Zusammenstellung in I. 2, 9, 5 und C. 7, 32, 1.

2. Anderseits gab das prätorische Recht der mittelbaren Stellvertretung eine praktische Ausdehnung durch Zulassung der actiones adiecticiae qualitatis.

---

[2]) D. De adquir. rerum dominio 41, 1, 13, pr.: Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas adquiritur etiam ignoranti“. Für den Erwerb des Pfandrechts vgl. D. 13, 7, 11, 6, wo die obligatorischen und die possessorischen Beziehungen streng auseinander gehalten sind. Nur die letzteren können durch einen gewillkürten (procurator) oder gesetzlichen Vertreter (tutor) begründet werden. Auch die Erklärung des Erbschaftsantritts nach prätorischem Rechte (bonorum possessio), nicht aber nach Civilrecht (hereditas), kann durch einen unmittelbaren Stellvertreter erfolgen (D. 37, 1, 3, 7).

Wenn ein Gewaltuntergebener (Hauskind oder Sklave) im Namen des Gewalthabers oder ein Beauftragter (procurator) im Namen des Auftraggebers handelte, so wurde nach den oben dargelegten Grundsätzen zunächst nur der Handelnde (der Sklave auch nur „naturaliter", unten § 70 b 2) verpflichtet. Das prätorische Edikt gewährte nun unter bestimmten Voraussetzungen neben den Klagen gegen den das Geschäft Abschließenden die gleichen Klagen in bestimmter Form[3]) gegen den Gewalthaber und Auftraggeber, so daß die Handelnden und die, für die gehandelt war, in das Verhältnis von Solidarschuldnern (unten § 84 b) traten. In den zu β, γ, δ erwähnten Fällen war die Haftung des Gewalthabers ihrem Umfange nach beschränkt, in den übrigen Fällen haftete er in voller Höhe. Da es sich hierbei um Eintreten eines zweiten Schuldners, nicht um Verschiebung einer Obligation auf einen anderen als den ursprünglich Verpflichteten, handelte, nannte man diese Klagen actiones adiecticiae qualitatis („hoc enim edicto non transfertur actio sed adicitur", D. 14, 1, 5, 1).

Actiones adiecticiae qualitatis, also Klagen gegen den Geschäftsherrn aus Rechtsgeschäften, die ein Geschäftsführer im eigenen Namen, aber für Rechnung des Geschäftsherrn abgeschlossen hatte, sind:

α. die actio quod iussu (D. 15, 4), wenn ein Gewaltuntergebener auf Ermächtigung — iussus — des Gewalthabers ein bestimmtes Rechtsgeschäft des letzteren besorgt; der iussus kann an den Vertragsgenossen oder an den Gewaltuntergebenen gerichtet sein;

---

[3]) Die intentio der adjektizischen Klagen war auf den Geschäftsführer, die condemnatio auf den Geschäftsherrn gestellt. Eine actio empti institoria hat (nach Lenel, Edictum perpetuum), etwa so gelautet: Quod Aulus Agerius (Kläger), de Lucio Titio (Geschäftsführer), cum is a Numerio Negidio (Geschäftsherr) tabernae praepositus esset, X pondo olei emit, cui rei Lucius Titius a N° N° praepositus erat, quidquid ob eam rem Lucium Titium A° A° dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N^m N^m A° A° condemna, si non paret absolve.

β. die actio de peculio (D. 15, 1), wenn ein Gewaltuntergebener auf Grund des ihm tatsächlich zur selbständigen Verwaltung eingeräumten, rechtlich aber dem Herrn eigentümlich verbliebenen Sonderguts (peculium) Geschäfte abschließt; die Haftung des Herrn beschränkt sich auf den Nettobetrag des peculium, nach Abzug (deductio) seiner Ansprüche an den Unterworfenen[4]).

γ. die actio tributoria (D. 14, 4), wenn der Herr den Gewaltunterworfenen mit dem peculium ein Handelsgewerbe (taberna) hat betreiben lassen; hierbei haftet der Herr, anders wie bei der actio de peculio, auf den Bruttobetrag des peculium, d. h. er darf seine eigenen Ansprüche nicht abziehen;

δ. die actio de in rem verso (D. 15, 3), wenn der Gewalthaber durch ein Geschäft des Untergebenen reicher geworden ist; er haftet dann bis zum Betrage dieser Bereicherung für die von dem Untergebenen eingegangenen Verpflichtungen;

ε. die actio institoria (D. 14, 3), wenn der Inhaber eines Geschäfts (dominus tabernae) einen Anderen (Gewaltunterworfenen oder Freien) zum Handlungsbevollmächtigten (institor) für diesen Gewerbebetrieb gemacht hat (praeposuerat), sofern der institor in den Grenzen seiner Vertretungsmacht (lex praepositionis, vgl.

---

[4]) Der Gewalthaber konnte das peculium zwar jederzeit wieder einziehen oder vermindern. Ebenso fiel das Sondergut mit Beendigung der patria potestas (Tod des Vaters, Tod oder Emanzipation des Kindes) an den Vater oder seine Erben zurück. Diese Personen hafteten aber mit dem Eingezogenen der actio de peculio gegenüber noch während eines annus utilis (unten § 53 e) vgl. D. 15, 2: Quando de peculio actio annalis est. Übrigens waren die Forderungen des Gewalthabers gegen den Gewaltunterworfenen nicht klagbar, sondern nur abziehbar, sie hatten also nur den Charakter von Naturalforderungen (obligationes naturales). Zwischen den zueinander in einem Gewaltverhältnisse stehenden Personen konnte eine klagbare Obligation (civilis obligatio) nicht entstehen, da der Gewaltunterworfene vermögensrechtlich keine eigene Persönlichkeit hatte. Hierüber ist bei der Lehre von den Naturalobligationen zu sprechen (unten § 70 b 2).

D. 14, 3, 11, 2) gehandelt hatte; streitig ist, ob der dominus auch für Delikte des institor haftet (vgl. D. 14, 3, 5, 8 u. 10);

ζ. die actio exercitoria (D. 14, 1), wenn ein Reeder (exercitor navis, is qui navem exercet), einen Freien oder Gewaltunterworfenen zum Schiffsführer (magister navis, Schiffer, Kapitän)[5]) bestellt hat, soweit es sich um Geschäfte handelt, zu denen der Schiffer ermächtigt war oder die für den Betrieb der Schiffahrt erforderlich waren.

Während die actiones quod iussu, de peculio, tributoria und de in rem verso ein Gewaltverhältnis voraussetzen, sind die actiones institoria und exercitoria, wie erwähnt, auch dann gegeben, wenn ein Freier in einem dauernden Verhältnis (als Gewerbe- oder Schiffsführer) zu einem Prinzipale steht. In entsprechender Ausdehnung wird die actio de in rem verso (als actio utilis, unten § 59 b 1 γ) auch für den Erwerb durch Rechtsgeschäfte eines freien Vertreters, die actio institoria als actio quasi institoria, ad exemplum institoriae, auch dann gewährt, wenn jemand einem Freien zu einem einzelnen Rechtsgeschäfte Vollmacht erteilt hatte.

Die actiones adiecticiae qualitatis setzen sämtlich voraus, daß in eigenem Namen, aber ersichtlich für fremde Rechnung gehandelt war. Sie bilden einen Übergang von der mittelbaren zur unmittelbaren Stellvertretung; von der mittelbaren unterscheiden sie sich dadurch, daß sie nicht gegen den Geschäftsführer allein, von der unmittelbaren dadurch, daß sie nicht gegen den Geschäftsherrn allein gehen. Trotz dieser und anderer Übergangsformen hat jedoch auch noch das justinianische Recht an der grundsätzlichen Unzulässigkeit unmittelbarer Stellvertretung festgehalten. Noch in C. 4, 50, 6, 3 ist anerkannt, daß, wenn jemand als unmittelbarer Stellvertreter alieno nomine einen Kauf abgeschlossen hat,

---

[5]) Institor ist also ein Geschäftsführer, exercitor ein Geschäftsherr; dem institor eines Gewerbebetriebs entspricht bei der Reederei der magister navis.

die actio empti weder dem Vertretenen noch ihm selbst zusteht, weil er für sich nicht kaufen wollte, für jenen nicht kaufen konnte (dum tibi non vis, nec illi potes).[6])

---

[6]) Der Grundsatz der Unzulässigkeit einer unmittelbaren Stellvertretung, der nach dem im Texte gesagten das rR. auch noch in seiner höchsten Entwicklung beherrscht hat, ist nicht als gemeinrechtlich anzusehen. Zwar war eine unmittelbare Stellvertretung auch dem deutschen Recht unbekannt; sie wurde aber unter dem Einflusse der naturrechtlichen Schule des 17. Jahrhunderts ausgebildet und — als für das moderne Verkehrsleben unentbehrlich — seither, wenn auch gegen den Widerspruch einzelner Romanisten (Puchta, Vangerow) in Theorie und Praxis durchgängig anerkannt. Dementsprechend bestimmt auch ABGB. § 1017: „Hat der Gewalthaber innerhalb der Grenzen der offenen Vollmacht mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen, so kommen die dadurch gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten, nicht aber dem Gewalthaber zu."

Mit der grundsätzlichen Anerkennung der unmittelbaren Stellvertretung hatten die Notbehelfe des rR. ihre Bedeutung verloren, so insbesondere die actiones adiecticiae qualitatis, welche eine Haftung des Vertreters und des Vertretenen nebeneinander zur Geltung brachten. Heute haftet bei unmittelbarer Vertretung — Vertretungsmacht (S. 306) natürlich vorausgesetzt — nur der Vertretene, bei mittelbarer Vertretung nur der Vertreter.

Aus der Anerkennung der unmittelbaren Stellvertretung im modernen Rechte folgt natürlich nicht ihre Zulässigkeit bei allen Rechtsgeschäften. Der Satz in VI^to 5, 13, 68: potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum, bedarf vielmehr einer Einschränkung. Ausgeschlossen ist insbesondere jede Art von Stellvertretung bei der Testamentserrichtung. Dagegen ist nach österr. Rechte die feierliche Erklärung der Einwilligung zur Ehe vor dem Seelsorger (oder bei Konfessionslosen oder der Notcivilehe vor der politischen Behörde) mittels eines Bevollmächtigten zulässig doch ist hierzu die Bewilligung der Landesstelle und eine schriftliche, die Person, mit welcher die Ehe geschlossen werden soll, genau bezeichnende Vollmacht erforderlich (ABGB. § 76). Unzulässig ist ferner grundsätzlich das sog. „Kontrahieren mit sich selbst", d. h. die Vornahme eines Rechtsgeschäfts durch eine Person, die hierbei als Vertreter der mehreren beteiligten Parteien handelt. So die herrschende Meinung im Gem. R. auf Grund von D. 2, 14, 9, pr.: difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat; vgl. jedoch D. 26, 7, 9, 3—5; 41, 4, 2, 8 und 9.

Nach Anerkennung der Zulässigkeit einer unmittelbaren Stellvertretung wurde es im Gem. R. streitig, wie das Verhältnis des Vertreters zum Vertretenen juristisch zu begründen sei, ob der Vertreter als eigentliche Geschäftspartei zu behandeln sei und nur die Wirkungen des Geschäfts den von ihm „repräsentierten" Vertretenen

b. Voraussetzungen wirksamer Vertretung.

1. Damit ein in Stellvertretung vorgenommenes Rechtsgeschäft für und gegen den Vertretenen wirke, ist zunächst erforderlich, daß der Stellvertreter eine Vertretungsmacht, d. h. die Befugnis („Legitimation") hatte, für den Vertretenen zu handeln. Die Vertretungsmacht wird einer Person entweder durch Rechtssatz (gesetzlicher Vertreter, zB. Vater, Vormund, Kurator, Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft, HGB. Art. 117) oder durch Rechtsgeschäft seitens des zu Vertretenden (Bevollmächtigung, Vollmachtserteilung) gewährt (gewillkürter Vertreter).

Der Umfang der Vertretungsmacht ist beim gesetzlichen Vertreter stets durch Gesetz, beim gewillkürten zunächst durch das Bevollmächtigungsgeschäft geordnet. Aber auch der Umfang der Vollmacht ist meist durch das Gesetz bestimmt (vgl. zB. ABGB. §§ 1006—1008, HGB. Art. 42, 47, 67, CPO. § 31).

Wer sich mit einem Vertreter einläßt, tut dies auf seine Gefahr. Er muß also Vorhandensein und Rechtsgültigkeit der Vertretungsmacht prüfen.

2. Bei der unmittelbaren Stellvertretung ist zur Wirksamkeit der vom Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte für und gegen den Vertretenen außer dem Vorhandensein der Vertretungsmacht ferner erforderlich, daß der Wille des Vertreters, nicht für sich, sondern an Stelle des Vertretenen zu handeln, offenbar wird. Es macht jedoch keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Ver-

---

zuzurechnen seien oder ob der Vertretene unmittelbare Geschäftspartei sei, als deren Organ der Vertreter handele? Bei der ersteren Auffassung (sog. Repräsentationstheorie) müssen die Voraussetzungen der Vornahme der Handlung (Handlungsfähigkeit, Auslegung der Willenserklärung, Willensmängel — Irrtum, Zwang, Betrug — bona und mala fides, Kenntnis von Mängeln der Kaufsache) nach der Person des Vertreters, bei der letzteren Auffassung nach der Person des Vertretenen beurteilt werden. Das österr. Recht schließt sich, insoweit die Grenzen der offenen Vollmacht nicht überschritten werden, der zweiten Auffassung an (ABGB. §§ 1017, 1018, vgl. auch HGB. Art. 52 und CPO. § 34).

tretenen erfolgt, oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll. Behauptet der auf Erfüllung eines Geschäfts Beklagte, daß er das Geschäft als Vertreter eines Andern vorgenommen hat, so ist das ein Leugnen der Passivlegitimation; Kläger muß also beweisen, daß der Beklagte sein Vertragsgegner ist.

### c. Vollmacht.

Vollmacht ist die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht[7]). Die Bevollmächtigung erfolgt durch ein einseitiges, aber empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, nämlich durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder auch dem Dritten, mit dem der Bevollmächtigte namens des Vollmachtgebers verhandeln soll (nach ABGB. § 1002 ist die Bevollmächtigung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft). Die Vollmacht kann regelmäßig (vgl. jedoch zB. ABGB. § 76, AGG. § 77, CPO. § 30) formlos, also auch durch konkludente Handlungen erteilt werden (vgl. D. 14, 5, 8, sog. stillschweigend erteilte Vollmacht), und ihrem Umfange nach entweder nur einzelne Rechtsgeschäfte (Spezialvollmacht, mandatum ad hoc) oder die Verwaltung des ganzen Vermögens umfassen (Generalvollmacht, administratio „cum libera", sc. potestate, wobei der

---

[7]) Von der Vollmacht ist der Auftrag (unten § 98) zu unterscheiden. Auftrag ist die Übertragung und Übernahme einer unentgeltlichen Geschäftsbesorgung, also ein Vertrag, der sich zudem auch auf Geschäfte tatsächlicher Art beziehen kann (zB. Abholen eines Pakets). Vollmacht ist die einseitige Ermächtigung zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts. Die Vollmacht erzeugt nur ein Recht, die Vertretungsmacht, während der Auftrag auch Pflichten (nämlich die Pflicht zur Ausführung des Auftrags) begründet. Die Vollmacht hat nur Bedeutung im Verhältnisse des Vollmachtgebers dritten gegenüber, mit denen der Bevollmächtigte handelt, also nach außen, der Auftrag nur im Verhältnisse des Auftraggebers zum Beauftragten nach innen. Nicht jeder Auftrag enthält eine Vollmacht (zB. der Auftrag zu einer tatsächlichen Geschäftsbesorgung), ebensowenig beruht jede Vollmacht auf einem Auftrage (zB. die Handlungsvollmacht aus HGB. Art. 47.)

Trotz dieser durchgehenden Verschiedenheit wurden früher Vollmacht und Auftrag, da beide in den Quellen mit dem Ausdrucke mandatum bezeichnet werden, zusammengeworfen.

Verwalter aber trotz seiner freien Stellung zu Schenkungen doch nicht ermächtigt ist, D. 39, 5, 7).

Die Vollmacht erlischt mit der Endigung des Rechtsverhältnisses (Auftrag, Dienstverhältnis, Hausabhängigkeit, Bevormundung usw.), auf welchem sie beruht[8]), und davon unabhängig durch Widerruf des Geschäftsherrn (vgl. ABGB. § 1020, ferner §§ 1021 u. 1024, wonach die Vollmacht auch durch Aufkündigung seitens des Machthabers und dadurch, daß dieser oder der Machtgeber in Konkurs verfällt, erlischt).

### d. Handeln ohne Vertretungsmacht.

Handelt jemand für einen Anderen, ohne Vertretungsmacht zu besitzen (falsus procurator), so bestimmt sich sein Verhältnis zum Vertretenen nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio, unten § 99). Durch die Geschäfte des unbefugten Vertreters wird der Vertretene natürlich nicht verpflichtet. Hierzu ist vielmehr erforderlich, daß der Mangel der Vertretungsmacht ergänzt wird; dies geschieht nur durch Genehmigung (ratihabitio, unten § 52, vgl. zB. ABGB. § 1016), welche das Geschäft von seiner Vornahme an („ex tunc") wirksam macht, natürlich vorbehaltlich der inzwischen von dritten erworbenen Rechte. Der Vertretene ist aber selbstverständlich auch befugt, dies für ihn vorgenommene Rechtsgeschäft zurückzuweisen, also seine Genehmigung zu

---

[8]) Nach rR. erlosch der Auftrag wegen seiner persönlichen Natur durch den Tod des Auftraggebers (D. 17, 1, 26, pr.) sowie des Beauftragten (I. 3, 26, 10), daher auch die auf dem Auftrage beruhende Vollmacht (ebenso für die Regel ABGB. § 1022, doch müssen die Geschäfte, welche keinen Aufschub erleiden, fortgesetzt werden, § 1025); anders HGB. Art. 54 für die Prokura und CPO. § 35 für die Prozeßvollmacht).

Sowohl nach rR. als auch nach ABGB. § 1026 ff. wirkt die erloschene Vollmacht dritten gegenüber, die von dem Erlöschen keine Kenntnis haben mußten, fort; der Schuldner wird also zB. durch Zahlung an den bisherigen Bevollmächtigten befreit, wenn er das Erlöschen der Vollmacht nicht kannte (I. 3, 26, 10; D. 17, 1, 56, 1 und 46, 3, 51).

verweigern; dann kann sich der Dritte, der sich mit dem eine Vertretungsmacht behauptenden falsus procurator eingelassen hat, wegen eines etwaigen Schadens nur an den falsus procurator halten (vgl. ABGB. § 1009, HGB. Art. 55, 298).

## Einwilligung. Genehmigung.

### § 52. Zustimmung zu fremden Rechtsgeschäften.

a. Allgemeines.

1. Die Teilnahme an einem fremden Rechtsgeschäfte kann nicht nur in einem stellvertretenden Handeln, sondern auch darin bestehen, daß jemand neben einem Anderen handeln, nämlich seiner Willenserklärung zustimmen muß, damit sie wirksam werde. Hierbei kann eine Ergänzung der beschränkten Geschäftsfähigkeit (S. 240), der mangelnden oder beschränkten Vertretungsmacht (S. 306) oder der mangelnden Verfügungsbefugnis des Handelnden (S. 238) erforderlich sein. Die Zustimmung muß bisweilen vor oder bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts erfolgen (zB. auctoritatis interpositio tutoris, S. 241), bisweilen kann sie auch nachträglich geschehen (zB. consensus curatoris, S. 242). Das ABGB. nennt die vorherige Zustimmung Einwilligung (zB. § 49), die nachträgliche bald Einwilligung, bald Genehmigung (§§ 865, 1016).

2. Die Zustimmung ist Voraussetzung der Wirksamkeit, nicht aber der Entstehung des Rechtsgeschäfts. Sie bedarf daher nicht der für das Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form, kann vielmehr auch durch konkludente Handlungen erfolgen; vgl. D. 46, 8 (Ratam rem haberi et de rati habitione), 5: non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu. Ferner wird durch die (nachträgliche) Genehmigung das Rechtsgeschäft von vornherein gültig, freilich unbeschadet der inzwischen von dritten erworbenen Rechte (rückwirkende Kraft der Genehmigung, so für das Handeln ohne Vertretungsmacht: ratihabitio mandato comparatur,

D. 46, 3 12, 4; vgl. ABGB. § 1016). Endlich wird die Zulässigkeit der Genehmigung dadurch, daß vor ihrer Erteilung eine bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts beteiligt gewesene Person stirbt, in Konkurs gerät oder handlungsunfähig wird, nicht berührt (D. 46, 8, 24, 1).

### b. Zustimmung zu Verfügungen Nichtberechtigter.

Verfügt ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand, so ist diese (dingliche) Verfügung nur wirksam, wenn der Berechtigte zu ihr vorher seine Einwilligung oder nachträglich seine Genehmigung erteilt. Zuweilen wird die Verfügung jedoch auch ohne dies und von selbst wirksam (sog. Konvaleszenz, S. 279), nämlich wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt (sei es durch Singular- oder Universalsukzession) oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt (nicht nur als Benefizialerbe, s. u.) haftet. In diesen Fällen findet jedoch eine Rückwirkung nicht statt[1]).

---

[1]) Nach römischem Civilrechte war die Verfügung über eine fremde Sache nichtig, konnte nach der erweiterten regula Catoniana (S. 279) also auch durch nachträglichen Erwerb des Eigentums durch den Verfügenden nicht gültig werden. Später aber führte das prätorische Recht auf einem Umwege eine mittelbare Konvaleszenz herbei. Der Prätor gab nämlich dem Erwerber einer fremden Sache, welcher deren Besitz erlangt hatte, falls der Veräußerer auf Grund des von ihm später erworbenen Eigentums die rei vindicatio gegen ihn anstellte, eine exceptio rei venditae et traditae (D. 21, 3), eine Sonderart der exceptio doli generalis (unten § 60 b 1). Die gleiche Einrede wurde dann auch gegen den Eigentümer gegeben, der den unberechtigten Veräußerer vorbehaltlos beerbt hatte (D. 21, 3, 1). Hatte der Erwerber den einmal erhaltenen Besitz wieder verloren, so konnte ihm der Prätor zur Wiedererlangung der Sache zwar nicht die rei vindicatio zubilligen; denn diese setzte Eigentum des Vindikanten voraus. Aber der Prätor gab dem redlichen Erwerber die actio Publiciana (unten § 129), und zwar nicht nur gegenüber einem Dritten, sondern auch gegenüber dem zum Eigentümer gewordenen Tradenten sowie gegenüber dem Eigentümer, der den Tradenten beerbt hatte. Versuchte der Eigentümer (oder sein Rechtsnachfolger) der actio Publiciana des Erwerbers oder seines Rechtsnachfolgers die exceptio dominii entgegenzusetzen, wozu er an sich befugt war — denn

„dominus", d. h. civiler Eigentümer, war der Erwerber nicht —, so wurde diese mit einer replicatio rei venditae et traditae beseitigt. Das bei dem Eigentümer verbliebene formelle Recht (nudum ius) konnte also bestenfalls einem Besitzer gegenüber durchgreifen, der nicht Rechtsnachfolger des ersten Empfängers war (zB. diesem die Sache gestohlen hatte). Nur konnte der Erwerber dem Eigentümer, der sich auf diese Weise von neuem in den Besitz der Sache gesetzt hatte, diese mit der actio Publiciana wieder entziehen, so daß im praktischen Ergebnisse der Erwerber dem Eigentümer gleichstand.

Ein ähnlicher Entwicklungsgang ist für den Fall zu verfolgen, daß jemand die Sache eines Anderen verpfändet hatte und später Eigentümer dieser Sache geworden war oder von deren Eigentümer vorbehaltlos beerbt wurde. Auch in diesem Fall entstand nach römischem Recht ipso iure kein Pfandrecht des Pfandnehmers. Diesem stand daher die actio hypothecaria directa nicht zu. Der Prätor half ihm aber gegen den Verpfänder und dessen Rechtsnachfolger mit einer exceptio doli und gewährte ihm, wenigstens sofern er bei der Verpfändung redlich war, eine actio hypothecaria utilis (D. 20, 1, 1).

# Vierter Abschnitt. Fristen. Termine.

## § 53. Bestimmung und Berechnung der Zeit.

### a. Allgemeines.

Zeit ist die Vorstellungsform für das nacheinander Geschehende, Raum die Vorstellungsform für das nebeneinander Liegende, Zeitpunkt der kleinste nicht weiter teilbare Zeitabschnitt, Zeitraum eine bestimmte durch zwei Zeitpunkte abgegrenzte Summe aneinander gereihter Abschnitte. Termin heißt ein Zeitpunkt, an welchem ein bestimmtes Ereignis eintreten, insbesondere eine Handlung vorgenommen werden muß, um rechtliche Wirkungen zu haben (zB. Übergabe der vermieteten Wohnung oder der verkauften Sache, Fälligkeitstag des Wechsels), Frist ein Zeitraum, innerhalb dessen dies geschehen muß (zB. Verjährung, Einlegung von Rechtsmitteln, Erhebung des Wechselprotestes). Kalender (von calendae) ist die an gewisse sich wiederholende Naturvorgänge (Umlauf der Erde um die Sonne, des Mondes um die Erde, der Erde um ihre Achse) sich anlehnende Einteilung der Zeit in Jahre, Monate, Wochen, Tage.

### b. Kalenderzeit.

Wie erwähnt, lehnt sich die Zeiteinteilung an gewisse Naturvorgänge an. Diese bilden aber nur Anhaltspunkte für die Zeitmessung. Diese selbst beruht auf positiver Bestimmung des Rechts. Keine der bisher für das bürgerliche Leben geltend gewesenen Zeitmessungen stimmt mit den durch die Astronomie gewonnenen Ergebnissen genau überein. Eine

derartige absolute Übereinstimmung ist aber auch kein Bedürfnis für den Verkehr, zumal heute die Größe der Abweichung bekannt und daher eine Berichtigung einfach ist.

1. Jahr und Monat.

*α.* Den ägyptischen Priestern war bereits im 14. Jahrhundert v. Chr. bekannt, daß das Sonnenjahr, d. h. die Zeit, die die Sonne anscheinend braucht, um wieder auf einen bestimmten Punkt des Weltalls zurückzukehren, annähernd $365\frac{1}{4}$ Tage lang ist. Die griechische und römische Zeitmessung ging aber nicht von diesem Sonnenjahre, sondern vom Mondjahr aus. Solon führte 594 ein Jahr von 12 Monaten mit abwechselnd 29 und 30 Tagen ein. Um dieses „Mondjahr" von 354 Tagen mit dem Laufe der Sonne in Verbindung zu setzen, wurde alle 3 Jahre ein Monat von 30 Tagen eingeschaltet.

*β.* Bei den Römern wurde anfänglich das sog. Romulische Jahr, ein Mondjahr von 10 Monaten mit 304 Tagen, zugrunde gelegt. Numa soll dafür ein Mondjahr von 12 Monaten mit 355 Tagen (sog. Numaisches Jahr) eingeführt haben. Um es in Übereinstimmung mit dem Sonnenjahre zu bringen, sollten alle 2 Jahre hinter dem 23. Februar (nach Mommsen abwechselnd hinter dem 23. — terminalia — und dem 24. — regifugium) abwechselnd 22 und 23 Tage eingeschoben und mit den noch übrigen 5 Tagen des Februar zu einem Schaltmonat (mensis intercalaris, Mercedonius) verbunden werden (vgl. D. 50, 16, 98, 2, wo Celsus den Schaltmonat zu 28 Tagen annimmt).

*γ.* Das Numaische Mondjahr hatte hiernach eine durchschnittliche Länge von $366\frac{1}{4}$ Tagen. Da das Sonnenjahr aber nun nicht einmal ganz $365\frac{1}{4}$ Tage (S. 314[1]) hat, so stimmte der Kalender, dessen Berechnung, insbesondere zwecks Bestimmung der dies fasti, den Pontifizes oblag (S. 61), mit dem Laufe der Sonne nicht überein und zeigte im Jahre 47 v. Chr. eine Abweichung von 67 Tagen. Cäsar führte deshalb in seiner Eigenschaft als pontifex maximus unter Zuziehung des alexandrinischen Astronomen Sosigenes

eine Kalenderreform herbei (Julianischer Kalender). Zunächst wurden dem Jahre 46 v. Chr. 67 Tage in zwei Monaten zugesetzt. Dadurch wurde der Kalender mit dem Laufe der Sonne in Übereinstimmung gebracht. Der Jahresbeginn (1. Januar) wurde auf den ersten Neumond nach der Wintersonnenwende, die Frühlings-Tag- und Nachtgleiche (Frühlingspunkt, Frühlingsäquinoktium) auf den 24. März festsetzt.

Als mittleres Jahr wurde das Sonnenjahr zu $365\frac{1}{4}$ Tagen angenommen; es sollte deshalb auf 3 Gemeinjahre zu 365 Tagen ein Schaltjahr von 366 Tagen folgen[1]). Der Schalttag wurde mit dem 24. Februar (dies sextus ante Calendas Martias) verbunden, und zwar nach Mommsen ihm angehängt, nach Arndts ihm vorgeschoben. Übrigens

---

[1]) Auch das Julianische Jahr von durchschnittlich $365\frac{1}{4}$ Tagen zeigt eine erhebliche Abweichung von dem wahren Sonnenjahre, das etwa nur 365 Tage, 5 Stunden, 48 Minuten, 46 Sekunden lang ist. Diese Differenz beträgt alle 129 Jahre einen vollen Tag; daher war schon zur Zeit des Konzils von Nicäa (325 n. Chr.) das Frühlingsäquinoktium um 3 Tage, auf den 21. März und im Jahre 1582 um 10 weitere Tage, auf den 11. März zurückgegangen. Der damalige Papst Gregor XIII. ordnete deshalb den Kalender von neuem (Gregorianischer Kalender). Das Frühlingsäquinoktium wurde den Bestimmungen des Konzils von Nicäa gemäß auf den 21. März festgesetzt. Es mußten daher 10 Tage ausgelassen werden; auf den 4. Oktober 1582 folgte deshalb sogleich der 15. Zur Vermeidung einer Erneuerung des hierdurch beseitigten Fehlers wurde bestimmt, daß in je 400 Jahren 3 Schalttage ausfallen sollten und zwar in den mit 4 nicht teilbaren sog. Säkularjahren, d. h. den Schlußjahren der Jahrhunderte. Hiernach sind die Jahre 1600, 2000, 2400 usw., nicht aber die dazwischen liegenden Säkularjahre Schaltjahre. Das Jahr 1900 war also kein Schaltjahr. Hierdurch wird der Unterschied zwischen dem Kalenderjahr und dem Sonnenjahr so vermindert, daß er erst in etwa 3500 Jahren einen Tag beträgt.

Der Gregorianische Kalender („Kalender neuen Stils") wurde im katholischen Deutschland, so auch in Österreich, 1583, in Ungarn im Jahre 1587 eingeführt. Bei dem Julianischen Kalender („Kalender alten Stils") beharren nur noch die griechisch-orientalischen Völker (vor allem Rußland und Griechenland). Da die Säkularjahre 1700, 1800 und 1900 in diesem, nicht aber im neuen Kalender Schaltjahre waren, so beträgt die Differenz gegenwärtig 13 Tage (vgl. WO. Art. 34).

wurden beide Tage (bissextum, dies sextus prior et posterior) juristisch regelmäßig als ein Tag behandelt (id biduum pro uno die habetur, D. 50, 16, 98).[2] [3])

2. Die Woche.

Die römische Woche hatte bis gegen Ende der Republik 8 Tage. In jeder Woche fand ein Markt statt (also immer am neunten Tage vom letzten Markttag an gerechnet, nono die, daher nundinae = Markttag), an welchem die schwere Arbeit ruhte. Ursprünglich war an den nundinae auch das lege agere unzulässig. Durch die lex Hortensia (287) wurde dies jedoch gestattet. Durch die Juden wurde gegen Ende der Republik die siebentägige Woche (septimagna, settimana, semaine) mit der Sabbatfeier bekannt; von den christlichen Kaisern wurde dies unter Verlegung des Feiertags auf den Sonntag (Auferstehungstag) aufgenommen. Schon Konstantin hat eine „Sonntagsruhe" angeordnet.

---

[2]) Gesetzliche Fristen, in die ein Schalttag fiel, verlängerten sich also tatsächlich um einen Tag; anders rechtsgeschäftlich bestimmte Fristen (D. 44, 3, 2).

Heute wird der Schalttag stets als selbständiger Tag gerechnet.

[3]) Die Römer bezeichneten die Monatstage nicht wie wir, vom ersten weiterzählend, sondern sie zählten vom 1. (Calendae), 5. (Nonae), 13. (Idus) rückwärts. In den Monaten März, Mai, Quintilis (später nach Julius Cäsar Juli genannt) und Oktober („Milmo", S. 65[2]) fielen die Nonen auf den 7., die Iden auf den 15. Bei der Rückwärtsrechnung wurde sowohl der Tag, von dem zurück, als der, bis zu dem gezählt wurde, mitgerechnet; a. d. VI. Cal. Martias war daher der 24. Februar. Arndts schloß nun aus der Bemerkung des Celsus in D. 50, 16, 98 pr.; „sed posterior dies intercalatur, non prior", daß Celsus als einzuschiebenden Tag den weiter zurückliegenden vom 1. März rückwärts gerechnet, also den früheren nach unserer Anschauung gemeint habe. Diese Behandlung entspricht allerdings auch dem Kirchenkalender; denn der Matthiastag rückt im Schaltjahre vom 24. auf den 25. Februar. Heute wird allgemein der 29. Februar als Schalttag angesehen. Wenn jemand am 25. Februar eines Schaltjahrs geboren ist, dann feiert er auch in den Gemeinjahren seinen Geburstag am 25. und nicht am 24. Februar; ist er am 29. Februar geboren, so fällt sein Geburtstag in den Gemeinjahren auf den 28. Februar.

### 3. Der Tag.

Der Tag wird heute in 24 gleich lange Teile, Stunden, geteilt, die von Mitternacht und Mittag an gezählt werden. Die Römer (ebenso wie die Orientalen und Griechen) teilten dagegen den natürlichen Tag (von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang) und die natürliche Nacht (umgekehrt) in je 12 gleiche Teile, horae temporales, deren Länge nach der Jahreszeit wechselte und die nur an den beiden Tag- und Nachtgleichen durch die ganzen 24 Stunden hindurch gleich lang waren (horae aequinoctiales). Das Ende der hora sexta noctis war Mitternacht, das der hora sexta diei Mittag[4]). Der Kalendertag dauerte auch bei den Römern von einer Mitternacht zur anderen (D. 2, 12, 8).

### c. Bewegliche Zeit.

Die kalendermäßige Einteilung der Zeit hat eine doppelte Bedeutung. Einmal kann damit jeder gewünschte Zeitpunkt und Zeitraum genau bezeichnet werden (ein Wechsel ist zahlbar am 8. Februar 1905, eine Wohnung wird gemietet für die Kalenderjahre 1905—1908). Anderseits werden die kalendermäßigen Zeiteinheiten (Jahre, Monate, Wochen, Tage) als abstrakte Zeitmaße verwendet (ein Wechsel ist zahlbar drei Monate nach dato, ein Zimmer wird am 30. Juli auf

---

[4]) Die Mittagszeit, d. h. der Zeitpunkt, mit dem der Mittelpunkt der Sonne in den Meridian eines Orts eintritt (sog. Kulmination), ist nur für die unter dem gleichen Meridian liegenden Orte die gleiche, verschiebt sich aber mit jedem Längengrade um 4 Minuten. Um die aus der Verschiedenheit der Ortszeiten sich für den Verkehr (insbesondere auf der Eisenbahn) ergebenden Unzuträglichkeiten zu beseitigen, ist in Österreich seit 1. Oktober 1891 im Eisenbahnverkehr, seit 1. Mai 1903 im Post-, Telegraphen- und Telephondienste (vgl. Post-Ver.-Bl. Nr. 38 ex 1903) die mittlere Zeit des 15. Längengrads östlich von Greenwich eingeführt (M. E. Z. = mitteleuropäische Zeit, welche für ganz Mitteleuropa gilt).

Über die Berechnung der Nachtzeit (CPO. § 100, EO. § 30) im Prozeß (vom 1. April bis 30. September: 9 Uhr abends bis 4 Uhr morgens, vom 1. Oktober bis 31. März: 9 Uhr abends bis 6 Uhr morgens) vgl. Gesch.Odg. § 45.

4 Wochen gemietet). Die Kalenderzeit ist feststehend, die Zeitmaße bei ihrer abstrakten Verwendung willkürlich verschiebbar; bei der Bezeichnung nach dem Kalender spricht man daher (Savigny) von unbeweglicher, bei der Bezeichnung nach Jahren, Monaten, Wochen, Tagen von beweglicher Zeit.

Die bewegliche Zeit wird im § 902 ABGB. in Übereinstimmung mit dem rR. bestimmt. Hier wurde das bewegliche (also von einem beliebigen Kalendertage, nicht dem 1. Januar beginnende) Jahr durchgängig zu 365, der bewegliche Monat zu 30 Tagen gerechnet (vgl. D. 48, 5, 12, 6 und 30, 5, wo 60 Tage zwei Monaten gleichgestellt sind; anders freilich D. 50, 17, 101). Der Schalttag zählt als besonderer Tag. — Dagegen werden die beweglichen Prozeßfristen nicht nach ABGB. § 902, sondern nach dem Kalender berechnet (CPO. § 125).

### d. Natural- und Civilkomputation.

Der Tag kommt im Rechtsverkehr teils als kleinste, kalendermäßige Einheit, also als Zeitpunkt in Betracht (Kündigung eines Mietsvertrags am Quartalsersten zum Quartalsschluß), teils als ein — in Stunden, Minuten, Sekunden zerlegbarer — Zeitraum (ein Verhandlungstermin wird bestimmt auf den 1. April $9^1/_4$ Uhr vorm.). Handelt es sich um das zeitliche Verhältnis mehrerer an dem gleichen Tage eintretender Ereignisse, so ist der Tag naturgemäß stets als Zeitraum zu behandeln, innerhalb dessen der maßgebende Zeitpunkt auf die Stunde, Minute, Sekunde festzustellen ist (zB. Feststellung der Erstgeburt bei Zwillingsgeburten, des Siegers bei Wettrennen, des früheren Eingangs bei den das gleiche Grundstück betreffenden Eintragungsanträgen desselben Tages). Auch wenn es sich um ein Ereignis handelt, dessen Eintritt an einem gewissen Tage von einer an einem anderen Tage eingetretenen Tatsache abhängt (zB. Ende der Berufungsfrist, Ablauf der Ersitzungszeit, Erreichung eines gewissen Lebensalters), erscheint es als das natürlichste, den Augenblick ins Auge zu fassen, in welchen das frühere Ereignis (Verkündung des Urteils in Strafsachen, Zustellung desselben

in Civilsachen, Beginn des Besitzes, Geburt) fällt. Diese Berechnungsweise heißt in den römischen Quellen „a momento ad momentum computare“ (D. 41, 3, 6), „ad momenta temporum numerare“ (D. 50, 16, 134), bei den Neueren computatio naturalis, natürliche Berechnung. Dem gegenüber heißt die den Tag nur als Einheit in Betracht ziehende Berechnungsweise in den Quellen „ad dies numerare“ (D. 50, 16, 134), bei den Neueren computatio civilis, bürgerliche Berechnung. Die natürliche Berechnung ist genauer, aber auch umständlicher als die civile und wird daher vom Rechte nur ausnahmsweise[5]) berücksichtigt, vielmehr kommt es grundsätzlich nur darauf an, an welchem Tage, nicht auch zu welcher Stunde dieses Tages das Anfangsereignis eingetreten ist.

Beginnt eine naturaliter zu berechnende fünftägige Frist am 2. April früh $7^{30}$, so endet sie zweifellos am 7. April früh $7^{30}$. Bei der Civilkomputation erhebt sich dagegen die Frage, ob der Anfangstag in die Frist einzurechnen ist oder nicht? Das rR. zählte den Anfangstag mit (sog. römische Berechnung, dies exiens pro toto habetur, vgl. zB. D. 41, 3, 7), das moderne Recht dagegen nicht (sog. deutsche Berechnung); nach rR. würde also die am 2. April begonnene fünftägige Frist am 6., nach österr. Recht am 7. April enden (vgl. WO. Art. 32, AGG. § 81, CPO. § 125, StPO. § 6).[6]) Für die nach Wochen, Monaten und Jahren bestimmten Prozeßfristen ergibt sich das gleiche aus der heute hierfür gebotenen Berechnung nach dem Kalender.

---

[5]) Das rR. hat die Naturalkomputation nur in einem berühmten Fall anerkannt. Nach D. 4, 4, 3, 3 soll die in integrum restitutio gegen ein von einem Minderjährigen abgeschlossenes Geschäft (S. 242) selbst dann gewährt werden, wenn der Minderjährige dies Geschäft an seinem 25. Geburtstag, aber „ante horam qua natus est“, vorgenommen hat, „ut a momento in momentum tempus spectetur“. Gemeinrechtlich wurde das decendium appellationis auf Grund von Nov. 23 c. 1 berechnet.

[6]) In ABGB. (§ 903) ist die Frage nicht klar entschieden. Für obige Auffassung: Krainz, System § 142.

Hierdurch ist jedoch nur entschieden, welcher Tag als erster eines Zeitraums anzusehen ist, und danach bestimmt sich, an welchem Tage der Zeitraum endet. Nunmehr erhebt sich aber die weitere Frage, ob zur Erfüllung des Zeitraums der Eintritt des Beginns des letzten Tages genügt oder ob dieser ganz abgelaufen sein muß.

In den römischen Quellen finden sich Fälle, wo dies coeptus pro completo habetur (vgl. zB. D. 28, 1, 5: Beginn der Testierfähigkeit, D. 40, 1, 1: Beginn der Manumissionsfähigkeit, D. 44, 3, 15, pr.: Ersitzung, D. 50, 16, 134: als anniculus — oben S. 179[10] — gilt man mit Beginn des 365. Tages nach der Geburt); anderseits aber auch Fälle, in denen der Ablauf des letzten Tages für erforderlich erachtet wird (zB. D. 44, 7, 6 für die Verjährung: In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem).[7])

e. Tempus continuum und utile.

Muß die Vornahme einer Handlung, um rechtswirksam zu sein, innerhalb einer gewissen Frist erfolgen (Annahme einer Offerte, Strafantrag), so ist es nach dem Beginne des Fristlaufs regelmäßig unerheblich, daß die Handlung nicht an allen Tagen der Frist vorgenommen werden kann (tempus continuum); zuweilen werden jedoch nur die hierzu tauglichen Tage (an denen experiundi potestas besteht, D. 44, 3, 1, also zB. für Gerichtsakte nicht die dies nefasti und die feriae) gerechnet (tempus utile). So wurde im rR. utiliter berechnet: die hunderttägige Frist für den Erwerb der bonorum possessio (D. 38, 15, 2, pr., s. u.), der

---

[7]) Im Gem. R. wurde hieraus die Regel abgeleitet, daß für einen Rechtserwerb der Anbruch des letzten Tages genügt, ein Rechtsverlust dagegen erst mit Ablauf des letzten Tages eintritt.

Diese Regel hat auch das ABGB. im § 903 aufgestellt. Demgemäß wird ein an ein Lebensalter (zB. die Volljährigkeit) geknüpftes Recht (zB. nach ABGB. §§ 49, 50 das Recht zur selbständigen Eheschließung) mit dem Beginne des Geburtstages erlangt, wogegen die Verjährung mit dem Ablaufe des letzten Tages der Verjährungsfrist endet (zB. ABGB. §§ 1479, 1480, 1487).

annus utilis bei der actio quanti minoris D. 21, 1, 19, 6 (unten § 87 b) und bei der in integrum restitutio (letzteres von Justinian durch ein quadriennium continuum ersetzt), die sex menses utiles bei der actio redhibitoria (D. 21, 1, 19, 6, unten § 87 b), das biduum utile bei der Appellation (von Justinian durch ein decendium utile ersetzt).[8])

---

[8]) In das Gem. R. ist — abgesehen von der Hemmung der Verjährung (unten § 55 b 2) — nur die „utile" Berechnung der Fristen für die ädilizischen Klagen (actio redhibitoria und quanti minoris) übergegangen (unten § 87 b). Aus dem österr. Rechte gehört nur die Bestimmung hierher, daß sich gewisse Fristen um einen Tag verlängern, wenn der letzte Tag ein Sonn- oder Feiertag ist (WO. Art. 41, 92, CPO. § 126). Ferner ruhen im Civilprozesse nach CPO. § 225 Fristen, mit Ausnahme der Notfristen und der Fristen in Feriensachen, während der Gerichtsferien (diese dauern sechs Wochen und sind für die einzelnen Königreiche und Länder im Verordnungswege festgesetzt, CPO. § 222).

Von tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus spricht man, wenn der Beginn der Frist durch gewisse Hinderungsgründe hinausgeschoben wird, die begonnene Frist aber ununterbrochen weiterläuft, zB. in den Fällen, in denen eine Frist erst von der Kenntnis einer bestimmten Person von einem gewissen Umstande an berechnet wird (vgl. zB. D. 49, 4, 1, 15 und die Vorschriften der §§ 1494 bis 1496 ABGB. über die Hemmung der Verjährung).

# Fünfter Abschnitt. Verjährung.

## § 54. Begriff und Arten der Verjährung.

### a. Begriff und Zweck der Verjährung.

1. Verjährung im weiteren Sinn[1]) ist die Veränderung eines subjektiven Rechts infolge fortgesetzter Ausübung oder Nichtausübung. Sie unterscheidet sich:

*α.* vom Gewohnheitsrecht und der Observanz, zu deren Begriffsmerkmalen ebenfalls eine fortgesetzte Übung gehört (S. 17), dadurch, daß diese Rechtsinstitute die Umbildung des objektiven Rechts, also der Rechtssätze betreffen, während die Verjährung die Umbildung subjektiver Rechte, also der Rechtsverhältnisse, bewirkt;

*β.* von der auflösenden Befristung (S. 298, Ausschluß- oder Präklusivfrist) dadurch, daß das auflösend-befristete Recht von vornherein nur auf eine gewisse Zeit gegeben ist, mit deren Ablauf es ohne weiteres endet, während das verjährbare Recht an sich für immer gegeben ist und nur infolge der Untätigkeit des Berechtigten während einer gewissen Zeit zugrunde geht. Nur bei der Verjährung, nicht bei der Befristung, können daher Behinderungen des Berechtigten als Hemmungsgründe (S. 329) in Betracht kommen. Ferner wird im Prozesse die Verjährung nicht

[1]) So auch ABGB. §§ 1451, 1452. Im engeren Sinn unterscheidet man zwischen Anspruchsverjährung (S. 324), d. h. Verjährung des „Rechts, von einem Anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen" (Klageverjährung), und Rechtsverjährung (Gebrauchsverjährung).

von Amts wegen berücksichtigt, sondern muß vom Beklagten eingewendet werden (S. 332), während bei dem an eine Ausschlußfrist gebundenen Rechte (wenn zB. in einem Versicherungsvertrage bestimmt ist, daß der Versicherungsanspruch binnen Monatsfrist seit dem Schadensfall angemeldet sein muß) die Behauptung der rechtzeitigen Geltendmachung zum Klagegrunde gehört, bei deren Fehlen die Klage also von Amts wegen abzuweisen ist.

2. Der Grund der Verjährung ist das unangefochtene Bestehen eines gewissen Zustands während einer längeren Zeit, ihr Zweck, dem tatsächlich lange Zeit hindurch bestehenden Zustand im Interesse der Verkehrssicherheit rechtlichen Bestand zu verleihen (Cicero pro Caecina c. 26: usucapio . . . est finis sollicitudinis ac periculi litium, vgl. D. 41, 3, 1, pr.). Durch den drohenden Verlust seines Anspruchs soll der Gläubiger ferner zu einer alsbaldigen Geltendmachung veranlaßt und dadurch eine Klärung des Rechtsverhältnisses herbeigeführt werden. Von diesem Gesichtspunkt aus erscheint die Verjährung als Strafe des nachlässigen Gläubigers.

### b. Arten der Verjährung.

1. Das rR. kannte — von der unter 2 zu besprechenden unvordenklichen Verjährung abgesehen — vier Anwendungsfälle der Verjährung, deren jeder besonderen Regeln unterstand[2]):

---

[2]) Das rR. hatte also kein einheitliches Verjährungsinstitut, ja nicht einmal einen unserem Ausdrucke „Verjährung" entsprechenden allgemeinen Begriff. Der später von den Glossatoren angewendete Ausdruck praescriptio bedeutete an sich nur „Einrede" und erhielt erst durch Zufügungen wie „longi temporis", „triginta annorum" usw. den Sinn einer „Einrede der Verjährung". Dagegen hatte das deutsche Recht ein einheitlich geordnetes Verjährungsinstitut, die „Verschweigung".

Vermutlich in Anlehnung an das deutsche Recht behandelten die Glossatoren und die Kanonisten die aus dem rR. aufgenommene Verjährung als einheitliches Rechtsinstitut mit zwei Unterarten: der erwerbenden Verjährung (Ersitzung, praescriptio acquisitiva) und der erlöschenden Verjährung (praescriptio extinctiva). Ebenso behandelt

α. den Erwerb von Eigentum durch Besitz in gutem Glauben (die civilrechtliche usucapio durch die prätorische longi temporis praescriptio);

β. den Erwerb von Servituten durch fehlerlosen Besitz (longa possessio);

γ. den Verlust von Ansprüchen infolge von Nichterhebung (temporis praescriptio);

δ. den Untergang von Servituten durch Nichtgebrauch (non usus).

Die unter α, β und δ angeführten Fälle gehören ausschließlich dem Sachenrecht an und sind später zu erörtern (unten §§ 122, 135 c, 136 e). Hier ist daher nur die — allgemeine Bedeutung besitzende — Anspruchsverjährung zu besprechen.

2. Keine eigentliche Verjährung ist die sog. unvordenkliche Verjährung (praescriptio immemorialis oder indefinita), d. h. die Berufung auf einen seit Menschengedenken bestehenden Zustand. Hierdurch wird ein bestehender Rechtszustand nur als vorhanden bezeugt, während durch die Verjährung ein Recht erworben oder verloren, ein neuer Rechtszustand also erzeugt wird.

Das rR. ließ die Berufung auf Unvordenklichkeit (vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa, D. 29, 3, 2) in drei Fällen zu:

α. Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non exstat, publicarum viarum numero sunt (D. 43, 7, 3, pr.);

β. Anstalten zum Schutze der Grundstücke gegen die aqua pluvia werden geschützt, wenn sie seit unvordenklicher Zeit bestehen (D. 39, 3, 1, 23);

γ. Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur (D. 43, 20, 3, 4).[3])

---

das ABGB. die Verjährung und die Ersitzung als zusammenhängende Rechtsinstitute. Die Verjährung durch non usus findet sich in ABGB §§ 351, 1479, 1485.

[3]) Das Gem. R. ließ die Berufung auf Unvordenklichkeit bei allen dauernden Zuständen zu. Das ABGB. kennt die unvordenkliche Verjährung nicht.

Der Beweis der unvordenklichen Verjährung wird geführt, indem man zeigt, daß der jetzige Zustand seit mindestens 40 Jahren besteht (C. 11, 62, 14) und daß man von einem anderen Zustand weder etwas weiß, noch etwas derartiges von Vorfahren gehört hat (D. 39, 3, 2, 8).

## § 55. Die Anspruchsverjährung.

Voraussetzungen des Beginns der Anspruchsverjährung (unten a) sind: Verjährbarkeit und Entstandensein des Anspruchs, Voraussetzungen ihrer Vollendung (unten b): Ablauf der Verjährungsfrist und Nichtbetätigung des Anspruchs durch den Berechtigten.

### a. Beginn der Anspruchsverjährung.

#### 1. Verjährbare Ansprüche.

Die Verjährbarkeit ist kein aus dem Begriffe des Anspruchs sich von selbst ergebender Umstand; vielmehr ist die Verjährung eine Schöpfung des positiven Rechts, das auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung die Verjährbarkeit der Ansprüche in verschiedenem Umfange zugelassen hat. Hierbei hat ein Fortschreiten von der grundsätzlichen Unverjährbarkeit zur grundsätzlichen Verjährbarkeit stattgefunden.

Nach römischem Civilrechte waren die actiones unverjährbar, perpetuae. Nur der Anspruch gegen den Bürgen (sponsor und fidepromissor) verjährte nach der lex Furia (unten § 105[4]) in zwei Jahren (G. 3, 121). Erst durch die Prätoren und Ädilen wurde für manche der von ihnen geschaffenen Klagen eine Fristgrenze eingeführt (actiones temporales). Meist waren sie auf ein Jahr (annus utilis) beschränkt (actiones annales), so die Popular- und die Strafklagen (mit Ausnahme der actio furti manifesti, § 112 b 1 $\beta$), die actio quanti minoris (§ 87 b), die actio de peculio (S. 304[4]), die actio doli (bis auf Konstantin, S. 263). Die actio redhibitoria war auf sex menses utiles, die actio de ornamentis restituendis auf Nachlieferung mitverkauften Geschirrs (ornamenta) bei Vieh-

käufen auf 60 Tage beschränkt (unten § 87 b). Vermutlich hatte die Zufügung dieser Zeitbestimmungen anfänglich die Bedeutung einer Befristung („in anno iudicium dabo"); vgl. I. 4, 12, pr.: plerumque intra annum vivere (nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium). In klassischer Zeit wurden sie jedoch wie wahre Verjährungszeiten behandelt. Einige weitere Ansprüche wurden in der Kaiserzeit für verjährbar erklärt[1]). Immerhin bildete die Verjährbarkeit der Klagen eine Ausnahme.

Erst im Jahre 424 führten die Kaiser Honorius und Theodosius II. durch eine Konstitution (C. 7, 39, 3) die Klagenverjährung grundsätzlich durch. Die bisherigen actiones perpetuae sollten in 30 Jahren verjähren, die bisherigen kürzeren Verjährungen wurden erhalten. Dies hat das justinianische Recht aufgenommen. Nach diesem sind fast alle Klagen verjährbar. Unverjährbar sind nur die Klage des Fiskus auf rückständige Steuern (C. 7, 39, 6), die vindicatio in libertatem (C. 7, 22, 3), die Vindikation eines Kolonen durch den Gutsherrn (C. 11, 48, 23, pr.) und eines Dekurionen durch eine Provinzialstadt (C. 7, 39, 5). Erst in 40 Jahren verjähren die Klagen der Kirchen und milden Stiftungen, sowie erhobene aber liegen gebliebene Klagen (sog. Verjährung der Litispendenz). Die der praescriptio triginta vel quadraginta annorum unterworfenen Klagen heißen nunmehr actiones perpetuae, die in kürzerer Zeit verjährenden Klagen actiones temporales[2]).

[1]) Kein Erfordernis der Anspruchsverjährung (wohl aber der Ersitzung, unten § 122 c 3) ist nach rR. (und ebenso nach ABGB. § 1493, vgl. auch §§ 1460 ff.) „guter Glaube des Präskribenten", d. h. Unkenntnis des Anspruchsgegners, daß der Anspruch gegen ihn begründet ist. Auch gegen den Dieb verjährt die rei vindicatio in 30 Jahren. Dagegen war guter Glaube Voraussetzung der Anspruchsverjährung nach Gem. R., da für dieses der auf dem 4. Laterankonzile (1216) angenommene, seiner Bedeutung nach freilich sehr bestrittene Grundsatz galt (X. 2, 26, 20): „Quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est, synodalo iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio".

[2]) Die Ansprüche des Fiskus auf bona vacantia (erbloses Gut) sollten in 4, auf commissa (wegen Zolldefraudation konfiszierte Sachen

2. Entstandensein des Anspruchs (actio nata).

Die Anspruchsverjährung beginnt mit dem Augenblicke zu laufen, in welchem der Anspruch entstanden ist (ex quo [actio] competit et semel nata est, C. 7, 40, 1, 1; „actioni nondum natae non praescribitur"). Voraussetzung des Verjährungsbeginns ist also jedenfalls, daß ein Anspruch (S. 2), d. h. ein gegen einen bestimmten Gegner sich betätigendes Recht, vorhanden ist. Daraus ergibt sich, daß bei den absoluten, insbesondere den dinglichen Rechten die Verjährung erst beginnen kann, wenn sie durch jemanden verletzt sind. Es verjährt zB. nicht das Eigentumsrecht als solches, sondern nur die rei vindicatio gegen denjenigen, der dem Eigentümer die Sache vorenthält, oder die actio

---

in 5, in sonstigen Fällen (D. 44, 3, 13, pr.), besonders auf das Vermögen flüchtiger Verbrecher (bona requirendorum adnotatorum, D. 49, 14, 1, 3), in 20 Jahren verjähren. Ein Edikt Nervas verbot „post quinquennium mortis cuiusque de statu quaeri" (D. 40, 15, 4). Gleich den Statusklagen wurde auch die querela inofficiosi testamenti auf 5 Jahre beschränkt (D. 5, 2, 8, 17). Endlich wurde auch die rei vindicatio für verjährbar erklärt und zwar gegenüber einem redlichen, titulierten Erwerber in 10 Jahren (inter praesentes) oder in 20 Jahren (inter absentes), je nachdem beide Beteiligten in derselben Provinz ihren Wohnsitz hatten oder nicht. Der Erwerber konnte sich nach Ablauf dieser Zeit gegen die rei vindicatio des Eigentümers mit einer longi temporis praescriptio schützen. Hieraus ist später eine Ersitzungsart geworden (unten § 122 b).

Nach Gem. R. waren alle Ansprüche verjährbar. Bei der anscheinenden Unverjährbarkeit der Statusklagen und des Teilungsanspruchs der Miteigentümer und Miterben (actio communi dividundo und familiae erciscundae, C. 3, 37, 5), handelt es sich um dauernde Verhältnisse, aus denen, so lange sie bestehen, fortwährend neue Ansprüche entstehen.

Auch nach ABGB. sind alle Ansprüche verjährbar, mit Ausnahme der aus einem familienrechtlichen Verhältnis entspringenden, soweit sie auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustands für die Zukunft gerichtet sind (§ 1481), und der „Verbindlichkeiten, welche dem im § 1459 angeführten Rechte, mit seinem Eigentume frei zu schalten, zusagen, zB. der Verbindlichkeit die Teilung einer gemeinschaftlichen Sache oder die Grenzbestimmung vornehmen zu lassen" (§ 1481). So lange der Gläubiger das Pfand in Händen hat, verjährt weder das Pfandrecht, noch das Recht des Schuldners auf Einlösung des Pfandes (ABGB. § 1483).

negatoria gegen denjenigen, der in anderer Weise das Eigentum gestört hat[3]). Bei den relativen, besonders den obligatorischen Rechten, ist von vornherein ein bestimmter Gegner vorhanden. Es fragt sich hierbei jedoch (was für das Gem. R. mangels einer ausdrücklichen Quellenentscheidung streitig ist), ob „actio nata" schon vorliegt, wenn der Anspruch begründet und fällig (unbedingt, unbefristet) ist, oder erst dann, wenn der Anspruchsgegner seinen Willen, den Anspruch nicht zu befriedigen, betätigt hat (sog. Verletzungstheorie). Die herrschende Meinung des Gem. R. (und ebenso ABGB. § 1478) folgt der ersteren Anschauung. Daher beginnt zB. die Verjährung des Darlehns-, Verwahrungs-, Leiheanspruchs (condictio mutui, actio depositi und commodati directa) nicht erst mit der den Schuldner in Verzug setzenden Mahnung, sondern schon mit der Hingabe[4]), es sei denn, daß der Empfänger ver-

---

[3]) Es ist deshalb möglich, daß der Eigentümer wegen Verjährung der rei vindicatio gegen einen bestimmten Besitzer sein Eigentum nicht geltend machen kann, daß er aber einem Dritten gegenüber hierzu befugt ist. Freilich wird er in den meisten Fällen, sofern die Eigentumsklage verjährt ist, auch sein Eigentum durch Ersitzung des Besitzes verloren haben. Hat aber zB. A dem B eine Uhr gestohlen, und erfährt B dies erst nach 30 Jahren, so kann er — wenigstens nach ABGB., das die bona fides nicht als Voraussetzung der Anspruchsverjährung erfordert, S. 325[1] — gegen A nicht mehr klagen, ebensowenig gegen As Rechtsnachfolger (S. 332). A ist aber, da zur Ersitzung bona fides des Ersitzenden gehört, nicht Eigentümer der Uhr geworden. Wird ihm die Uhr also nach 30 Jahren von C gestohlen, dann kann sie B auf Grund seines fortbestehenden Eigentums von C herausverlangen (vgl. Unger, System II, S. 442).

[4]) Beim verzinslichen Darlehen beginnt also die Verjährung des Darlehnsanspruchs mit der Hingabe des Darlehns (freilich durch jede Zinszahlung als Anerkennungshandlung unterbrochen, S. 331), während die einzelnen Zinsraten als bis zum Eintritte des Fälligkeitstermins betagt gelten (C. 7, 39, 7, 6) und erst von diesem an zu verjähren beginnen. Es könnte also vorkommen, daß der Darlehnsanspruch verjährt ist, eine Zinsrate nicht. Da dies der Natur des Zinsanspruchs als eines Akzessorium des Darlehnsanspruchs widersprechen würde, ist in C. 4, 32, 26, pr. (principali enim actione non subsistente satis supervacuum est super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere) ausdrücklich bestimmt, daß mit dem Hauptanspruch

tragsmäßig zum Behalten des Empfangenen für eine bestimmte Zeit berechtigt ist; im letzteren Falle ist die Verjährung bis zu diesem Zeitpunkte gehemmt (unten S. 329), da erst dann der Rückforderungsanspruch fällig ist. Kann ferner eine Leistung, zB. die Rückzahlung eines Darlehns, erst „nach Kündigung" verlangt werden, so verjährt der Anspruch nicht erst von der Kündigung an, sondern schon von dem Zeitpunkt an, zu welchem die Rückforderung zulässig ist (also wenn zB. A dem B am 1. April 1905 ein mit sechsmonatiger Kündigung rückzahlbares Darlehen gibt, vom 1. Oktober 1905, als dem erstmöglichen Rückforderungstermin an; Rechtsverjährung durch unterlassene Ausübung § 1478 ABGB.).[5])

b. Vollendung der Verjährung.

1. Ablauf der Verjährungsfrist.

Nach rR. beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist 30 Jahre (S. 325). Für einzelne Ansprüche ist eine längere Verjährungszeit bestimmt: 100 Jahre bei Ansprüchen der ecclesia Romana (Auth. Quas actiones aus Nov. 131, 6 zu C. 1, 2, 23), 50 Jahre bei Ansprüchen auf Rückforderung des auf Spielschulden Gezahlten (C. 3, 43, 1, 2), 40 Jahre bei Ansprüchen der sonstigen Kirchen, der piae causae, des Fiskus, des Landesherrn und seiner Gemahlin (D. 49, 14, 6, 1, C. 11, 62, 14), für die actio hypothecaria in gewissen Fällen (C. 7, 39, 7, 1). Für gewisse Ansprüche gilt anderseits eine kürzere Verjährungszeit (S. 325[2]).[6]) Aber auch die einer kürzeren Verjährung

auch der Anspruch auf die von ihm abhängigen Nebenleistungen verjährt. Über den Einfluß der Verjährung des Anspruchs auf seine sonstigen Akzessorien (Pfänder, Bürgschaft) vgl. S. 333[13].

[5]) In diesem Falle gilt hiernach ein Anspruch mit dem Augenblick als fällig, also „actio nata" als vorliegend, zu welchem die Fälligkeit von dem Berechtigten herbeigeführt werden kann, was ehemals zu der — in dieser Allgemeinheit nicht zutreffenden — Regel erweitert wurde: Totiens praescribitur actioni nondum natae quotiens nativitas est in potestate creditoris.

[6]) Auch nach ABGB. §§ 1478, 1479 beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist 30 Jahre; außerdem besteht eine außerordentliche

unterliegenden Ansprüche verjähren, wenn sie rechtskräftig festgestellt sind, erst in 30 Jahren von der Urteilsrechtskraft an (D. 42, 1, 6, 3; ebenso Justizmin.Verordn. v. 21. Juli 1858, RGB. Nr. 105 bezüglich fälliger rechtskräftig zuerkannter Forderungen).

Die Verjährung ist vollendet mit dem Ablaufe des letzten Tages der Verjährungsfrist (S. 319).

2. Hemmung der Verjährung.

*α.* Regelmäßig vollendet sich die Verjährung mit Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist vom Augenblick an, wo actio nata vorlag. Diese Regel wird verlassen:

a. wenn eine Hemmung der Verjährung vorliegt; dann ruht die Verjährung (praescriptio dormit) während der Dauer der Hemmung (ABGB. §§ 1495, 1496, vgl. auch § 1494), setzt sich also nach Beseitigung des Hemmungsgrundes fort;

b. wenn eine Unterbrechung der Verjährung (interruptio temporis) eintritt; dann wird die laufende Verjährung gänzlich beseitigt, nach Fortfall des Unterbrechungsgrundes muß die Verjährung von neuem beginnen (ABGB. § 1497).

*β.* Alle Hemmungsgründe beruhen auf dem Gedanken, daß die Verjährung demjenigen Berechtigten gegenüber nicht laufen kann, der an der Geltendmachung des Anspruchs zeitweise behindert ist (agere non valenti non currit praescriptio). Keinen Hemmungsgrund bildet jedoch die Unkenntnis des Berechtigten von seinem Anspruche (C. 7,

---

längere Verjährungsfrist von 40 Jahren in Rücksicht der im ABGB. § 1472 begünstigten Personen („Fiskus, Kirchen, Gemeinden und andere erlaubte Körper", vgl. § 1485) und eine außerordentliche kürzere, meist dreijährige (zB. des Rechtes, eine Erklärung des letzten Willens umzustoßen, den Pflichtteil oder dessen Ergänzung zu fordern, eine Schenkung wegen Undanks zu widerrufen usw. (§ 1487), für Servituten (§ 1488), für Entschädigungsansprüche (§ 1489, vgl. auch §§ 1490, 1491). Eine „ordentliche" kürzere Verjährungszeit von 3 Jahren besteht für Forderungen von rückständigen jährlichen Abgaben, Zinsen, Renten oder Dienstleistungen; das Bezugsrecht selbst verjährt jedoch erst durch einen Nichtgebrauch von 30 Jahren (ABGB. § 1480).

33, 12, 3). Denn dadurch würde der Zweck der Verjährung vereitelt werden. In Betracht kommen:

a. Innere Hemmungsgründe, d. h. aus der Beschaffenheit des Anspruchs sich ergebende Umstände, vor allem die dilatorischen Einreden, die die Geltendmachung des Anspruchs zeitweilig ausschließen, zB. Stundung (C. 7, 71, 8), Lauf einer Überlegungsfrist für den Schuldner (C. 6, 30, 22, 11). Als Hemmungsgründe kommen aber solche Umstände nicht in Betracht, die der Berechtigte hätte beseitigen können und sollen; die Verjährung wird daher nicht gehemmt durch die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (unten § 70 b 1), des noch nicht erfüllten Vertrags (unten § 72 a), der mangelnden Sicherheitsleistung (unten § 63[1]), der Vorausklage (unten § 105 d).

b. Rechtliche Hemmungsgründe. Die Verjährung ruht nach rR.: hinsichtlich der Ansprüche der Unmündigen und der einer kürzeren als der dreißigjährigen Verjährung unterworfenen Ansprüche der Minderjährigen (C. 7, 39, 3, 1[a]), ferner der Ansprüche der Ehefrau wegen ihrer Dotalsachen (C. 5, 12, 30, 2) und der Hauskinder wegen ihres der väterlichen Nutznießung unterliegenden Vermögens (peculium adventicium regulare, C. 7, 40, 1, 2), solange diese Verhältnisse bestehen[7]).

c. Tatsächliche Hemmungsgründe. Bei den als tempus utile (S. 319) zu berechnenden Verjährungsfristen

---

[7]) Nach ABGB. § 1495 ist die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten, Eltern und minderjährigen Kindern, Vormund und Mündel gehemmt. „Gegen Personen, welche aus Mangel ihrer Geisteskräfte ihre Rechte selbst zu verwalten unfähig sind, wie gegen Pupillen, Wahn- oder Blödsinnige, kann die Ersitzungs- oder Verjährungszeit, dafern diesen Personen keine gesetzlichen Vertreter bestellt sind, nicht anfangen. Die einmal angefangene Ersitzungs- oder Verjährungszeit läuft zwar fort, sie kann aber nie früher als binnen zwei Jahren nach den gehobenen Hindernissen vollendet werden" (ABGB. § 1494). — Ferner tritt nach österr. Recht eine Hemmung der Verjährung ein im Falle der Bestreitung der Richtigkeit einer im Konkurs angemeldeten Forderung (KO. § 8) und für die Zeit von der Erlassung des Zahlungsbefehls im Mahnverfahren bis zur Erhebung des Widerspruchs (Mahnverf. § 13).

ruht die Verjährung an den zur Rechtsausübung nicht geeigneten Tagen[8]).

3. Unterbrechung der Verjährung.

α. Der Zweck der Verjährung ist, zu verhüten, daß durch langjähriges Bestehenlassen eines dem Rechte möglicherweise widersprechenden Zustands unsichere Verhältnisse entstehen. Diese Gefahr wird durch Feststellung der zwischen den Beteiligten bestehenden Verhältnisse beseitigt, die Verjährung daher durch eine derartige Feststellung unterbrochen. Dies kann geschehen: durch Anerkennung des Anspruchs seitens des Verpflichteten und durch Betätigung des Anspruchs seitens des Berechtigten.

a. Die Anerkennung des Anspruchs unterbricht die Verjährung nach C. 7, 39, 7, 5 und 8, 4, wenn sie geschieht: ausdrücklich durch Ausstellung eines Schuldscheins oder stillschweigend durch Abschlags- und Zinszahlung, Bestellung von Pfändern oder Bürgen[9]).

b. Als eine die Unterbrechung der Verjährung herbeiführende Betätigung des Anspruchs gilt nicht die einfache Mahnung, erforderlich ist vielmehr eine Handlung, die den Anspruch klarzustellen geeignet ist, also vor allem die Klageerhebung[10]), der aber die Anrufung eines Schiedsgerichts

---

[8]) Nach Gem. R. ruht die Verjährung ferner im tempus hostilitatis (X. 2, 26, 10) und für Ansprüche der ecclesia Romana im Fall eines Schisma (Vorhandensein mehrerer Päpste). Nach ABGB. § 1496 ist die Verjährung gehemmt, so lange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege (iustitium) oder infolge seiner Abwesenheit in Civil- oder Kriegsdiensten an der Rechtsverfolgung gehindert ist.

[9]) Nach rR. ist die stillschweigende oder formlose mündliche Anerkennung nicht hinreichend, wohl aber nach Gem. R. und ABGB. § 1497.

[10]) Nach vorjustinianischem Rechte wurde die Verjährung erst durch die Litiskontestation (Einlassung des Beklagten, D. 27, 7, 8, 1), nach justinianischem Rechte dagegen schon per solam conventionem (C. 7, 39, 7, pr.), d. h. mit Behändigung der Klage an den Beklagten unterbrochen, ebenso nach CPO. § 232. Stehen dem Berechtigten mehrere Klagen konkurrierend zu, so wird durch die Erhebung der einen auch die Verjährung bezüglich der übrigen unterbrochen (C. 7, 40, 3, 3. Ebenso soll nach Justinians C. 8, 39, 4 die durch einen Korrealgläubiger

(C. 2, 55, 5, 3) und bei Unmöglichkeit der Klagezustellung eine öffentliche Protestation gleichsteht (C. 7, 40, 2).[11])

*β.* Keine Unterbrechung der Verjährung wird dadurch herbeigeführt, daß auf seiten des Berechtigten oder des Schuldners eine Rechtsnachfolge eintritt. Auch bei dinglichen Ansprüchen (zB. der rei vindicatio) kommt die Verjährungszeit des Besitzvorgängers dem Besitznachfolger zustatten (sog. accessio possessionis, ebenso ABGA. § 1493). Dagegen setzt sich die Verjährung nicht fort, wenn die Sache an einen Anderen gelangt, ohne daß dieser Rechtsnachfolger des bisherigen Besitzers ist; in diesem Falle ist der Berechtigte unter Umständen zur Geltendmachung seines dinglichen Rechts gegen den neuen Besitzer selbst dann befugt, wenn sein Anspruch gegen den bisherigen schon verjährt war (S. 327[3]).

### c. Wirkungen der Verjährung.

1. Die vollendete Verjährung bewirkt nicht, daß der ihr unterliegende Anspruch als ipso iure beseitigt gilt, sondern gibt nur dem Anspruchsgegner das Recht, die Leistung zu verweigern. Im Prozesse ist die Verjährung daher nur auf Einwand des Anspruchsgegners, nicht von Amts wegen zu berücksichtigen (§ 1501 ABGB.)[12]). Der Anspruchsgegner kann daher auch auf die Geltendmachung der Ver-

---

oder gegenüber einem Korrealschuldner herbeigeführte Unterbrechung für und gegen alle wirken (anders ABGB. § 894). Dagegen wirkt bei der Bürgschaft die gegen den Hauptschuldner eingetretene Unterbrechung nicht gegen den Bürgen und ebensowenig umgekehrt.

Die durch Klageerhebung herbeigeführte Unterbrechung wirkt während der Rechtshängigkeit fort. Nach rR. (C. 7, 39, 9) begann vom letzten Prozeßakt an eine besondere vierzigjährige sog. Verjährung der Litispendenz (anders ABGB. § 1497).

[11]) Nach Spezialgesetzen stehen der Klageerhebung gleich: die Zustellung eines Zahlungsbefehls, die Anmeldung des Anspruchs im Konkurse, die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozesse, die Streitverkündung in dem Prozesse, von dessen Ausgange der Anspruch abhängt.

[12]) Eine Ausnahme von dieser Regel besteht im Mandatsverfahren (EPO. § 549).

jährungseinrede verzichten; dagegen können die Beteiligten nicht vor abgeschlossener Verjährung deren Eintritt vertragsmäßig ausschließen, da es sich um ein im öffentlichen Interesse eingeführtes Institut handelt (ABGB. § 1502).

2. Streitig ist für das Gem. R., ob mit der Verjährung eines Anspruchs dieser völlig vernichtet wird (sog. stärkere Wirkung der Verjährung) oder ob nur seine Klagbarkeit beseitigt wird, sodaß er als naturalis obligatio (unten § 70 b 2) erfüllt, anerkannt, durch Pfand oder Bürgschaft gesichert und zur Aufrechnung benutzt werden kann (sog. schwächere Wirkung).[13])

Damit hängt die weitere Frage zusammen, ob Einreden verjähren. Unverjährbar sind jedenfalls die sog. selbständigen Einreden (zB. exceptio SC. Macedoniani, unten § 93 b, und Velleiani, S. 250), d. h. diejenigen, welche nicht die Grundlage einer Leistungsklage bilden können; denn ihre Geltendmachung ist erst möglich, wenn der Berechtigte seinen Anspruch einklagt, also vom Willen des Einredeberechtigten unabhängig (cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur, D. 44, 4, 5, 6). Der Streit bezieht sich vielmehr nur auf die sog. abgeleiteten Einreden, d. h. diejenigen, deren Tatbestand gleichzeitig die Unterlage eines Leistungsanspruchs bilden kann (zB. actio und exceptio doli, redhibitoria, quanti minoris, S. 263 und unten § 87 b).

---

[13]) Die Quellen geben keine sichere Entscheidung. Die Anhänger der schwächeren Wirkung stützen sich auf C. 7, 39, 7 und C. 8, 30, 2, wonach Pfandrechte trotz der Verjährung der unterliegenden Forderungen fortbestehen. Aber dies anscheinende Fortbestehen des Pfandrechts findet sich auch in sonstigen Fällen zweifellosen Untergangs der Forderung (remanet ergo propter pignus naturalis obligatio; D. 36, 1, 61, pr.); vgl. unten § 143 b.

Das ABGB. hat sich grundsätzlich der stärkeren Wirkung angeschlossen; die für die verjährte Forderung bestellt gewesenen Bürgschaften und Pfandrechte (mit Ausnahme des Faustpfandes, § 1483) erlöschen, jedoch bleiben bücherliche Rechte, die von dritten im Vertrauen auf das öffentliche Buch erworben wurden (ABGB. § 1500, vgl. auch § 1499 und AGG. § 69), aufrecht.

Nach der „schwächeren Wirkung" ist, da die Verjährung nur die klageweise Geltendmachung eines Anspruchs beseitigt, die einredeweise Geltendmachung auch später noch gestattet (quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua); nach der „stärkeren Wirkung" ist durch die Verjährung das Recht selbst beseitigt, auf einen verjährten Anspruch kann also auch keine Einrede mehr gestützt werden (tant dure l'action, tant dure l'exception).[14])

---

[14]) Nach dem der stärkeren Wirkung der Verjährung folgenden ABGB. ist nach der Verjährung des Anspruchs grundsätzlich auch eine davon abgeleitete Einrede verjährt; umgekehrt kann aber auch die Zahlung einer verjährten Schuld nicht mehr zurückgefordert werden (ABGB. § 1432).

# Sechster Abschnitt. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

## § 56. Ausübung und Schutz der Rechte.

a. Rechtsausübung.

1. Ausübung der Rechte bedeutet Verwirklichung der kraft ihrer dem Berechtigten zustehenden Vorteile. Grundsätzlich kann jeder sein Recht innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen in jeder ihm gut scheinenden Weise ausüben, auch wenn dabei ein Anderer Schaden erleidet (qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam oder neminem laedit, l. 55, 151, 155 § 1 D. 50, 17; ebenso ABGB. § 1305). Man kann zB. auf seinem Grundstück einen Brunnen auch dann anlegen, wenn dadurch dem Brunnen eines Nachbars das Wasser entzogen und der Betrieb seiner Brauerei gestört wird (D. 39, 3, 1, 12). In manchen Fällen sind einer allzu egoistischen Ausübung des eigenen Rechts durch das objektive Recht Schranken gezogen, besonders zugunsten des Gemeinwesens (Enteignung), der Nachbarn (unten § 119 b), bei Servituten (civiliter uti, unten § 132 b 3), bei der Zwangsvollstreckung (zB. EO. §§ 129, 251). Aber auch beim Mangel derartiger Rechtsnormen ist diejenige Ausübung des Rechts nicht zu schützen, die aus Schikane erfolgt, d. h. lediglich in der Absicht der Schädigung eines Anderen, zB. das Abgraben eines Brunnens ohne eigenes Interesse, lediglich in der boshaften Absicht, dem Nachbarn Schaden zuzufügen (D. 39, 3, 1, 12,

Mißbrauch des Rechts, malitiis non est indulgendum, D. 6, 1, 38).[1])

Wer ein Recht hat, ist es auszuüben befugt, aber nicht verpflichtet: „iure suo uti nemo cogitur", bezüglich der prozessualen Geltendmachung wiedergegeben durch die Parömie: „invītus agere nemo cogitur". In einzelnen Fällen verliert der Berechtigte aber sein Recht durch Nichtausübung innerhalb gewisser Zeit (Verjährung, S. 321, Provokationsklagen, unten § 58[3], Aufgebot). In anderen ist die Ausübung des Rechts gleichzeitig Pflicht; zB. darf der Pächter eines Landguts es nicht dauernd brach liegen lassen.

Die Ausübung der Rechte kann regelmäßig auch durch einen Anderen erfolgen, sei es, daß dieser im Interesse des eigentlich Berechtigten, also als Stellvertreter oder daß er im eigenen Interesse handelt. Es gibt aber sowohl Rechte, deren Ausübung durch einen Stellvertreter unzulässig ist (S. 305[6]), als auch solche, die zwar durch Stellvertreter ausgeübt werden können, aber nur im Interesse des Berechtigten, so daß zB. eine Übertragung oder Vererbung unzulässig ist (höchstpersönliche Rechte, so zB. die Personalservituten mit Ausnahme des usus fructus, bei dem eine Übertragung zulässig ist, wenn auch nur der Ausübung nach, unten § 134 a). Zu weit ist also die Regel in VI^to 5, 13, 68: Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum.

2. Kollision von Rechten[2]) liegt vor, wenn sich

---

[1]) Dieser Grundsatz gelangt im ABGB. nicht zum Ausdruck, ein Anklang findet sich im § 332 (Krainz I, S. 539, Anm. 25 und S. 376 ff.).

[2]) Von Konkurrenz der Rechte spricht man, wenn mehrere Rechte demselben Tatbestand entspringen, zB. wenn im Falle der Fehlerhaftigkeit der Kaufsache der Käufer die Wahl zwischen der Rückgabe (actio redhibitoria) und der Preisminderung (actio quanti minoris) hat (unten § 87 b). Hierbei spricht man von kumulativer Konkurrenz, wenn der Berechtigte jedes der Rechte voll ausnutzen kann (so konnte zB. in Rom der Bestohlene die actio furti auf Privatstrafe gegen jeden am Diebstahle Beteiligten in voller Höhe geltend machen, unten § 112 b 1 β); von elektiver Konkurrenz, wenn der Berechtigte durch erfolgreiche Benutzung eines Rechts die übrigen verliert; und

mehrere Rechte nebeneinander vorfinden, die nicht vollständig ausgeübt werden können, ohne daß sie einander hindern, wie zB. Grundstückseigentum und Wegerecht. Es fragt sich dann, ob eines der Rechte zurücktreten muß, also schwächer ist, als das andere. Dies richtet sich nach dem einzelnen Fall; es gelten jedoch gewisse allgemeine Grundsätze. Wer zB. durch Ausübung seines Rechts Schaden abwenden will, geht dem vor, der durch Ausübung seines Rechts einen Vorteil erstrebt (D. 50, 17, 41, 1: In re obscura melius est favere repetitioni quam adventicio lucro); bei dinglichen Rechten geht das früher entstandene dem später entstandenen vor (prior tempore, potior iure, besonders wichtig im Pfandrecht, unten § 141 b); bei gleichem Rechte zum Besitz wird der gegenwärtige Besitzer geschützt (D. 50, 17, 128, pr., D. 20, 1, 10: melior est causa possidentis; „beati possidentes", unten § 129 a 1 $\beta$). Mangelt es an einem Satz über die Stärke der kollidierenden Rechte und ergibt sich deren gegenseitiges Verhältnis auch nicht aus ihrer Natur (wie zB. bei der Konkurrenz von Eigentum und Pfandrecht, wobei das vom Eigentümer bestellte Pfandrecht dem Eigentume selbstverständlich vorgeht), liegen also gleich starke Rechte vor, so ist bisweilen bestimmt, daß die Kollision durch das Los entschieden wird (D. 10, 2, 5, ABGB. §§ 835, 841) oder daß ein gleichmäßiges Nachgeben einzutreten hat (so beim Zwangsvergleich im Konkurse, KO. § 207). Mangels solcher Normen hat der den Vorzug, der sein Recht zuerst ausübt (sog. Prävention, „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst"); so geht zB. nach EO. §§ 283, 286 Abs. 3 der zuerst pfändende Gläubiger jedem späteren vor.

### b. Schutz der Rechte.

Eine der wichtigsten Aufgaben des Staats, als der mächtigsten, über den Parteiinteressen stehenden Gemeinschaft, ist der Schutz der Rechte des Einzelnen. In Erfüllung

---

von alternativer Konkurrenz, wenn schon durch die versuchte Benutzung eines der Rechte die übrigen untergehen (zB. bei der Wahlobligation, unten § 65 c).

dieser Pflicht hat der Staat von jeher Einrichtungen geschaffen, deren sich der in seinen Rechten bedrohte oder verletzte Bürger bedienen kann: die Gerichte. Indem der Staat jedoch dem Berechtigten einen geordneten und sicheren Weg zur Durchsetzung seiner Rechte, den Rechtsweg[3]), eröffnet, verpflichtet er ihn gleichzeitig, diesen Weg zu gehen und untersagt ihm im Interesse der öffentlichen Ordnung, sich sein Recht selbst zu verschaffen (D. 50, 17, 176, pr.: Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi).

Hiernach ist die eigenmächtige Durchsetzung eines Rechts (Selbstschutz, Selbsthilfe im weiteren Sinne) grundsätzlich ausgeschlossen. Aber auch bei den besten Gerichtseinrichtungen ist der Selbstschutz nicht völlig zu entbehren. Die obrigkeitliche Hilfe ist nicht in jedem Augenblicke sogleich zu erlangen und viele Rechte würden unrettbar verloren gehen, wäre es dem Berechtigten unbedingt versagt, sich selbst zu helfen. Daher gibt selbst der moderne Staat dem Berechtigten unter Umständen die Befugnis zum Selbstschutz und sorgt nur durch genaue Feststellung der Voraussetzungen des berechtigten Selbstschutzes dafür, daß jeder Mißbrauch verhindert wird und nicht „Macht vor Recht geht".

Der Selbstschutz äußert sich in zwei Formen: als Selbstverteidigung (defensive Selbsthilfe), d. h. eigenmächtige Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs, und als Selbstbefriedigung (aggressive Selbsthilfe, vom ABGB. § 19 als „eigenmächtige Hilfe" bezeichnet), d. h. gewaltsame Verwirklichung eines behaupteten Rechts. Von diesen beiden Arten des Selbstschutzes hat die Selbstverteidigung, als auf Erhaltung des bestehenden Zustands gerichtet, die

---

[3]) Recht bedeutete ehemals auch Gericht, ebenso wie ius auch die Gerichtsstätte bedeutete. „Rechtsweg" ist also „Gerichtsweg", ebenso wie „rechtshängig" „bei Gericht anhängig", „von Rechts wegen" „von Gerichts wegen" bedeutet. In einem besonderen Sinne heißt Rechtsweg die Angehung der ordentlichen Gerichte, im Gegensatze zur Angehung anderer obrigkeitlicher Einrichtungen, insbesondere der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichte.

größere Daseinsberechtigung (D. 9, 2, 4, pr.: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere); sie hat daher stets eine bereitwilligere Anerkennung durch die Gesetzgebung erfahren, als die Selbsthilfe.

## A. Selbstschutz.

### § 57. Selbstverteidigung und Selbsthilfe.

a. Selbstverteidigung.

Nach allen Rechten (D. 9, 2, 45, 4) ist Notwehr gestattet, d. h. diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwehren (ABGB. §§ 19, 344 und StGB. § 2 g); „vim vi repellere licet" (D. 43, 16, 1, 27). Es handelt sich hierbei um die Verteidigung der eigenen Rechtssphäre gegen einen widerrechtlichen Angriff seitens einer Person. Eine derartige Abwehr ist stets zulässig. Die Bedrohung der eigenen Rechtssphäre kann aber nicht bloß von einer Person, sondern auch von einer Sache ausgehen (z. B. die Anker eines Schiffes verwickeln sich in Fischernetze, D. 9, 2, 29, 3). Auch gegen die von einer Sache ausgehende Gefahr muß sich der Berechtigte schützen können. Da aber hierbei den Eigentümer der drohenden Sache nicht ein gleiches Verschulden trifft, wie den widerrechtlich Angreifenden, so findet hierbei ein Abwägen des beiderseitigen Interesses statt, und die Beschädigung oder Zerstörung der drohenden Sache gilt nur dann als nicht widerrechtlich, wenn der Schade nicht außer dem Verhältnis zur Gefahr steht (ABGB. §§ 19, 344, ich kann also nicht einen wertvollen Jagdhund totschießen, der auf meinem Hühnerhofe ein wertloses Huhn zu fassen im Begriffe steht). Dem Falle der Verteidigung eines eigenen Rechts durch Zerstörung einer dasselbe bedrohenden fremden Sache steht der Fall nahe, daß ein eigenes Recht nicht anders erhalten werden kann als durch Eingriff in ein fremdes Recht (Handeln im Notstande: ich werfe fremde Sachen vom

Schiff ins Meer, um die meinen zu retten, D. 19, 5, 14, pr.; ich stoße einen andern Schiffbrüchigen von der von ihm erfaßten Planke fort, um mich zu retten, sog. Brett des Karneades, ein Beispiel eines griechischen Philosophen des 2. Jahrhunderts v. Chr.). Im letzteren Falle liegt eine, nicht auf einem widerrechtlichen Angriffe beruhende Gefahr für die eigene Rechtssphäre vor, die nicht anders als durch Eingriff in die fremde Rechtssphäre abgewendet werden kann[1]).

b. Selbsthilfe.

Nach älterem rR. war die Durchsetzung zweifelloser Vermögensansprüche dem eigenen Handeln des Gläubigers überlassen, der unter gewissen Voraussetzungen für berechtigt erklärt wurde, die Person (manus iniectio, G. 4, 21 ff.) oder die Vermögensstücke (pignoris capio, G. 4, 26 ff.) des Schuldners zu seiner Befriedigung anzugreifen. Die Voraussetzungen dieser eigenmächtigen Zwangsvollstreckung waren allgemein geordnet. Mitunter ermächtigte der Prätor den Gläubiger unter besonderen Voraussetzungen zur Inbesitznahme gewisser Vermögensstücke des Schuldners (missio in possessionem, unten § 63 b).

---

[1]) Die oben besprochenen drei Fälle der zulässigen Selbstverteidigung sind im ABGB. nicht auseinander gehalten.

Nach §§ 19 und 344 ABGB. ist die Selbstverteidigung nur gestattet, wenn die richterliche Hilfe zu spät käme und die Grenzen der Notwehr nicht überschritten werden. — Der Begriff der gerechten Notwehr wird nur im StGB. (§ 2 g) definiert. Werden die Grenzen der erlaubten Notwehr überschritten, so tritt civilrechtliche (ABGB. § 19), allenfalls auch strafrechtliche (StGB. § 2 g) Verantwortlichkeit ein. Von Notstand ist im österr. Rechte nicht ausdrücklich die Rede, doch sind der Fall des § 1321 ABGB. (Privatpfändung von Vieh), ferner die durch § 65 des Forstgesetzes vom 3. Dezember 1852 unter Umständen gestattete Tötung von in fremden Waldungen angetroffenen Ziegen, Schafen, Schweinen und Federvieh wohl hierher zu zählen. In strafrechtlicher Beziehung findet der Notstand in StGB. § 2 g (unwiderstehlicher Zwang) seine Deckung.

Das Deutsche BGB. behandelt den Notstand in den §§ 228 und 904.

Besonders geordnet ist in § 344 ABGB. die Abwehr verbotener Eigenmacht, d. h. der widerrechtlichen Entziehung oder Störung des Besitzes (unten § 116).

Nach späterem rR. ist Selbstbefriedigung nur zulässig, wenn sie zur Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens erforderlich ist (zB. wenn ein Schuldner mit seinem Vermögen das Weite sucht, D. 42, 8, 10, 16), sowie dann, wenn sie vertragsmäßig (durch pactum de ingrediendo) eingeräumt ist (C. 8, 13, 3). In anderen Fällen ist Selbstbefriedigung unzulässig und wird bei Anwendung von Gewalt als crimen vis bestraft (D. 48, 7, 5 und 8). An zwei Fälle unerlaubter Selbhilfe knüpft das spätere Kaiserrecht ferner Privatstrafen.

1. Nach dem sog. Decretum divi Marci (Mark Aurel) soll der Gläubiger, der dem Schuldner zwecks eigenmächtiger Befriedigung Gegenstände wegnahm oder abnötigte, sein Forderungsrecht verlieren[2]).

2. Nach einer Verordnung der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arkadius von 389 (C. 8, 4, 7) soll der Eigentümer einer Sache, welcher sie eigenmächtig einem anderen wegnimmt, sein Eigentum zur Strafe verlieren, und wenn jemand sich den Besitz einer ihm nicht gehörenden Sache eigenmächtig verschafft, den Wert der Sache dem aus dem Besitze Gesetzten entrichten, in beiden Fällen aber die Sache dem früheren Besitzer zurückgeben[3]).

---

[2]) D. 4, 2, 13 (vgl. D. 48, 7, 7): Exstat enim decretum divi Marci in haec verba: Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. cum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod debere sibi putat, non per iudicem reposcit. quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse: ius crediti non habebit.

[3]) In das Gem. R. sind diese Vorschriften nicht übergegangen. Die unzulässige Selbstbefriedigung als solche war also weder mit privaten (unten § 112) noch mit öffentlichen Strafen bedroht; nur konnte die Art der Ausführung eine Bestrafung nach sich ziehen. Es war also zB. eine nicht unter den Voraussetzungen der erlaubten Selbsthilfe vorgenommene Fortnahme von Befriedigungsmitteln Diebstahl.

Das ABGB. ordnet die Selbsthilfe in den §§ 19, 344, 1321. Voraussetzungen der Selbsthilfe sind: Bestehen eines Anspruchs, Un-

# B. Rechtsschutz.

## § 58. Rechtsschutz. Allgemeines.

### a. Rechtsschutzanspruch.

Die Gerichtsbarkeit, d. h. die Befugnis und Verpflichtung zur Ausübung der Rechtspflege, steht heute[1]) allein dem Staate zu. Der Staat läßt die Rechtspflege durch die Gerichte ausüben und diese sind zur Gewährung des Rechtsschutzes in doppelter Beziehung berufen (S. 24). Einerseits sollen sie durch Mitwirkung bei Begründung, Veränderung und Aufhebung von Rechtsverhältnissen künftigen Störungen der Rechtsordnung vorbeugen. Dies ist das Gebiet der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit (iurisdictio voluntaria), zu deren Ausübung heute vorzugsweise die Bezirksgerichte berufen sind (vor allem nach §§ 105 bis 122 der JN. vom 1. August 1895). Anderseits sind die Gerichte berufen, bereits eingetretene Störungen dem Rechte gemäß zu beseitigen. Dies ist das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit („iurisdictio contentiosa"), zu deren Ausübung in erster Instanz je nach Lage des Falles die Bezirksgerichte, die Landes- und Kreisgerichte und die in Wien, Prag und Triest bestehenden besonderen Handelsgerichte berufen sind.

---

möglichkeit rechtzeitiger Erlangung obrigkeitlicher Hilfe, Gefahr, daß ohne sofortiges Eingreifen die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Mittel der Selbsthilfe sind: Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung einer Sache, Beseitigung des Widerstandes des Verpflichteten gegen eine Handlung, die er zu dulden verpflichtet ist.

[1]) Ehemals hatten auch gewisse Private ein Recht zur Gerichtsbarkeit, so besonders die Besitzer von Herrschaften über ihre Hintersassen, sog. Patrimonialgerichtsbarkeit. Später wurde in Ehe- und Verlöbnissachen eine geistliche Gerichtsbarkeit mit bürgerlicher Wirkung anerkannt. Die Patrimonialgerichtsbarkeit wurde mit Kais. Pat. vom 4. März 1849, RGB. Nr. 150, aufgehoben, welches im § 100 bestimmt: „Alle Gerichtsbarkeit geht vom Reiche aus. Es sollen in Zukunft keine Patrimonialgerichte bestehen." — Die geistlichen Ehegerichte wurden beseitigt durch Art. III des Ges. vom 25. Mai 1868, RGB. Nr. 47.

Die hier allein in Betracht kommende streitige Gerichtsbarkeit setzt zwei im Streite befindliche **Parteien** voraus, deren jede aus einer oder mehreren Personen, „Streitgenossen", bestehen kann. Diejenige Partei, die das Gericht zuerst um Rechtsschutz angeht, heißt **Kläger** (actor), die Partei, gegen welche die Anrufung erfolgt, **Beklagter** (reus), der zwischen beiden sich vor dem Gericht abspielende „Vorgang" **Prozeß** (im rR. lis, iudicium).

Jede der Prozeßparteien erhebt, indem sie als Kläger ein angebliches Recht vor Gericht geltend macht oder als Beklagter sich hiergegen verteidigt, einen Anspruch auf Gewährung von Rechtsschutz gegen den Staat, der Kläger dahin, daß der Staat ihm durch die Gerichte und die zur Durchsetzung ihrer Anordnungen bestimmten Organe (heute besonders die Vollstreckungsorgane) zu dem ihm Gebührenden verhelfe, der Beklagte, daß der Staat den Kläger zur Ruhe verweise, insoweit sein erstrebtes, angebliches Recht als unbegründet festgestellt wird.

Mit diesem, jedem der Gerichtsbarkeit des Staates Unterworfenen gegen den Staat zustehenden (prozessualen) **Rechtsschutzanspruch** (Wach) nicht zu verwechseln ist der (materiellrechtliche) **Anspruch**, d. h. die Befugnis eines Berechtigten, sein Recht einem **bestimmten** Gegner gegenüber geltend zu machen, zB. des Eigentümers gegenüber dem unbefugten Störer, des Gläubigers einer fälligen Darlehnsforderung gegenüber dem Schuldner. Dieser Anspruch braucht nicht immer im Prozesse geltend gemacht zu werden, sondern kann auch außergerichtlich durch Aufrechnung, Zurückbehaltung und, soweit zulässig (S. 341), durch Selbsthilfe durchgesetzt werden. Anderseits ist zuweilen ein Rechtsschutzanspruch gegeben, ohne daß ein materiellrechtlicher Anspruch vorhanden ist. Ein solcher setzt nämlich voraus, daß sich jemand mit dem Rechte eines Anderen in Widerspruch gesetzt, es verletzt hat. Ein Rechtsschutzanspruch ist aber vielfach nicht nur im Falle einer **Rechtsverletzung**, sondern auch schon im Falle einer **Rechtsgefährdung** gegeben[2]).

[2]) Ein Prozeß ist nämlich nach CPO. § 228 nicht nur dann möglich, wenn der Kläger vom Beklagten ein Tun oder Unterlassen

b. Einfluß des Prozesses auf das materielle Recht.

Das Angehen der Gerichte zum Zwecke der Gewährung von Rechtsschutz geschieht durch Erhebung der Klage seitens dessen, der sich in seinen Rechten verletzt oder, soweit dies als hinreichender Klagegrund gilt, gefährdet glaubt. Der Beklagte erbittet den Rechtsschutz durch Erhebung von Einwendungen. Die Entscheidung über das beiderseitige Vorbringen erfolgt durch das Urteil. Alles dies muß sich nach bestimmten Regeln und in einem geordneten Verfahren abwickeln. Die Darstellung des Verfahrens, in welchem auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts Rechtsschutz zu erbitten und zu gewähren ist, bildet das Gebiet des Civilprozeßrechts, das sich für Österreich auf der CPO. aufbaut. Dies ist also hier nicht zu erörtern. Aber die Geltendmachung eines Rechts im Prozeßwege hat auch einen gewissen Einfluß auf dieses Recht selbst und diese Einwirkungen sind hier darzustellen (sog. materielles Prozeßrecht). Es fragt sich hierbei vor allem, wie die prozessuale Geltendmachung der Rechte zu erfolgen hat (unten §§ 59, 60), welche Veränderungen sie durch den Prozeßbeginn erleiden (unten § 61) und welchen Einfluß das den Prozeß abschließende Urteil auf die im Prozesse befangen gewesenen Rechte ausübt (unten § 62).

## § 59. Das römische Aktionensystem.

a. Allgemeines.

Unserem heutigen Rechtsbewußtsein erscheint es als ganz selbstverständlich, daß für jedes subjektive Recht ein Rechts-

verlangt, also einen Leistungsanspruch gegen ihn geltend macht und seine Verurteilung erstrebt, sondern es kann unter Umständen vom Gericht auch die bloße Beurteilung eines zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses erbeten werden (sog. Feststellungsklage). Über diese Feststellungsklage der CPO., die unter anderen die ehemaligen Statusklagen (S. 168[2]) und die Provokationsklagen des Gem. R. (provocatio ex lege „Diffamari", auf Grund von C. 7, 14, 5 und ex lege „Si contendat" auf Grund von D. 46, 1, 38) mitumfaßt, ist im Civilprozeß zu sprechen.

schutzanspruch besteht, daß es also, sofern nicht das Gegenteil ausdrücklich bestimmt ist (natürliche Verbindlichkeiten, unten § 70 b 2) im Rechtswege gegen denjenigen, der es verletzt oder der ihm die Anerkennung verweigert, durchgesetzt werden kann[1]).

Das rR. dagegen beruht auf der Anschauung, daß nicht jedem subjektiven Recht ohne weiteres ein Rechtsschutzmittel entspricht, sondern daß dieses, die actio[2]), durch das objektive Recht besonders gewährt werden müsse, so daß ein — praktisch verwertbares — Recht tatsächlich nur der hatte, dem eine actio zur Seite stand. Jede actio war für einen bestimmt umgrenzten Tatbestand gegeben. Je weiter die Rechtsentwicklung fortschritt, desto zahlreicher wurden diese rechtlich geschützten Tatbestände; aber selbst auf der spätesten Entwicklungsstufe fanden sich zwischen den Gebieten, für welche die einzelnen Rechtsschutzmittel gegeben waren, Lücken, und es gab Rechte, denen keine actio entsprach und die daher eines Rechtsschutzes entbehrten. So hatte zB. der unserem heutigen Rechtsempfinden selbstverständliche Satz, daß jeder schuldhafte rechtswidrige Eingriff in eine fremde Rechtssphäre den Täter schadensersatzpflichtig macht (ABGB. § 1295), im rR. niemals Geltung erlangt; sondern die Schadensersatzpflicht auf Grund der Verletzung eines fremden Rechts trat nur ein, wenn diese Verletzung den Tatbestand eines der anerkannten Delikte (furtum, iniuria, dolus,

---

[1]) Vgl. § 19 ABGB.: Jedem, der sich in seinem Rechte gekränkt zu sein erachtet, steht es frei, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten Behörde anzubringen (vgl. auch ABGB. §§ 339—344, 366, 466, 523, 823).

[2]) Das Wort actio wird in den Quellen in den verschiedensten Bedeutungen verwendet. Es bedeutet: den Rechtsschutzanspruch (D. 44, 7, 51: Nihil aliud est actio, quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi), die gerichtlichen Rechtsschutzmittel überhaupt (einschließlich der interdicta und der exceptiones), die prozessuale Formel (legisactio und formula, S. 159), in welche der Klageanspruch eingekleidet wird, die actio in personam (im Gegensatze zur dinglichen petitio, S. 353), endlich auch den durch Klage verfolgbaren und ihr zugrunde liegenden materiellen Anspruch (den Klagegrund, die causa agendi, S. 344).

metus usw., unten § 112) erfüllte. Während wir daher heute das bürgerliche Recht uns als ein System von Rechtssätzen vorstellen, war das rR. ein System von Rechtsschutzmitteln, von actiones, interdicta, exceptiones usw.[3]).

[3]) Auf dieser Verkörperung jedes Rechts in einem seine charakteristischen Merkmale aufweisenden Rechtsschutzmittel und der dadurch bedingten scharfen Abgrenzung der Rechtsbegriffe gegeneinander beruht vor allem die unvergängliche Bedeutung des rR. als eines Bildungsmittels des juristischen Verständnisses. Selbst in der heutigen Praxis ist es noch üblich und durchaus empfehlenswert, bei einem zweifelhaften Tatbestande zu erwägen, welcher römischen actio der geltend gemachte Anspruch zu unterstellen wäre. Nur muß man sich darüber klar sein, daß die Bezeichnung eines Anspruchs als condictio mutui, actio empti usw. im modernen Prozesse lediglich den Sinn einer kurzen juristischen Kennzeichnung hat, aber ohne die prozessuale Bedeutung, die sie im rR. hatte. Wie oben bemerkt, war jede actio für einen bestimmt abgegrenzten Tatbestand gegeben. Forderte nun der Kläger eine dem Beklagten übergebene Sache mit der actio depositi zurück, so konnte der iudex, wenn er fand, daß das Hingabegeschäft nicht ein Verwahrungsvertrag, sondern ein Leihevertrag war, der Beklagte aber jedenfalls zur Rückgabe verpflichtet sei, ihn nicht verurteilen; denn er durfte nach der Formel ihn nur verurteilen „si paret, Am Am apud Nm Nm mensam argenteam deposuisse". Kläger wurde also abgewiesen und mußte erneut mit der actio commodati klagen, woran er nicht etwa durch die Prozeßkonsumption (unten § 61 b 1) gehindert ist; denn diese bezog sich nur auf die zuerst angestellte actio depositi.

Im modernen Prozesse dagegen ist die Bezeichnung des Anspruchs durch den Kläger unerheblich. Verlangt zB. der Kläger die Rückzahlung einer dem Beklagten gegebenen Geldsumme mit der Ausführung, daß sie ihm als Darlehen gegeben sei, so muß der Richter den Beklagten heute zur Rückzahlung auch dann verurteilen, wenn er findet, daß die vom Kläger vorgetragenen Tatsachen das Geschäft als depositum irregulare (unten § 100 c 1) kennzeichnen; denn heute liegt die juristische Charakterisierung nicht, wie im rR., dem Kläger, sondern dem Richter ob. Dies pflegt man durch die beiden Rechtssprichwörter auszudrücken: Da mihi factum, dabo tibi ius und Iura novit curia. Hiernach braucht die Klageschrift einen Rechtssatz für die Klage nicht anzugeben, und der Anspruch ist auch dann begründet, wenn ihn zwar nicht der vom Kläger etwa angezogene Rechtssatz, jedoch ein anderer (in Verbindung mit den vorgebrachten Tatsachen) rechtfertigt.

Nach dem vorstehenden ist die juristische Charakterisierung der vom Kläger vorgetragenen Tatsachen heute Sache des Richters und die Klage daher nicht schon deshalb abzuweisen, weil der Richter diese Tatsachen anderen juristischen Begriffen unterordnet als der Kläger.

b. Einteilung der actiones.

Die actiones werden von verschiedenen Gesichtspunkten aus eingeteilt, teils nach ihrer Entstehung (unten 1), teils nach der Form ihrer prozessualen Geltendmachung (2), teils nach der Art des in ihnen verkörperten (materiellen) Anspruchs (3).

1. Einteilung nach der Entstehung.

Actiones civiles sind die auf ein Volksgesetz, insbesondere die 12 Tafeln und deren interpretatio (S. 149) gestützten, also dem ius civile entsprungenen, actiones honorariae, die durch die Rechtsübung der Jurisdiktionsmagistrate (Prätoren und kurulischen Ädilen, S. 107) geschaffenen Klagen (D. 1, 1, 7). Rechtlich waren diese Magistrate nur zur Rechtsanwendung, nicht zur Rechtsschöpfung befugt (praetor ius dicere potest, facere non potest). Tatsächlich hatten sie seit der Einführung des Formularverfahrens durch die freie Gestaltung der formula (S. 159) die Möglichkeit, die neuen Grundsätze des ius gentium (S. 153) in die Rechtspraxis einzuführen, und sie benutzten diese Befugnis nach den drei Richtungen einer Unterstützung, Ergänzung und Abänderung des ius civile (D. 1, 1, 7, 1: adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam). Als Mittel zur Ergänzung des ius civile dienten die actiones ficticiae, in factum und utiles (s. unten), als Mittel zu seiner Abänderung die exceptiones (unten S. 362), durch welche veraltete Grundsätze des ius civile unschädlich gemacht wurden.

*a.* Actiones ficticiae.

Die Fortbildung des ius civile durch die Prätoren geschah am einfachsten in der Weise, daß sie eine actio ci-

---

Einflußlos ist jedoch nur die rechtliche Würdigung der vom Kläger angeführten Tatsachen. Dagegen stellt die Ersetzung der in der Klage vorgebrachten klagebegründenden Tatsachen durch andere eine Änderung des Klagegrundes, also eine Klageänderung dar, die auch nach modernem Prozeßrechte nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig ist (CPO. § 235).

vilis über ihr bisheriges Anwendungsgebiet ausdehnten. Um dies zu ermöglichen, mußte von einem der bisherigen Erfordernisse der actio civilis Abstand genommen werden; zB.: das ius civile und daher auch die darauf gestützten actiones waren ausschließlich für den Verkehr der römischen Bürger untereinander bestimmt. Sollte nun zB. die actio legis Aquiliae (unten § 112 b 3) auch bei Beteiligung eines Peregrinen als Klägers oder Beklagten anwendbar gemacht werden, so geschah dies in der Weise, daß unterstellt wurde, der beteiligte Peregrine sei römischer Bürger. Ferner: der Prätor gewährte im Laufe der Rechtsentwicklung gewissen nahen Blutsverwandten, die aber nicht heredes im Sinne des, allein auf der agnatio beruhenden (S. 147), Civilrechts waren, ein tatsächliches Erbrecht, indem er sie im Nachlaßbesitze zu schützen versprach (bonorum possessio). Wollte nun ein bonorum possessor eine Darlehnsforderung des Erblassers geltend machen, so stand ihm an sich der Umstand entgegen, daß nur der heres als Gesamtnachfolger des Erblassers zu betrachten war. Dem bonorum possessor wurden nun aber die dem Erblasser zustehenden Klagen unter der Unterstellung gewährt, er sei heres (G. 4, 34). Befand sich endlich jemand im Ersitzungsbesitze und verlor er den Besitz an einen anderen als den wahren Eigentümer, so konnte er gegen den gegenwärtigen Besitzer, obwohl dieser doch minder berechtigt war, die rei vindicatio nicht anstellen. Denn diese setzte civiles Eigentum des Klägers voraus, und der Usukapient wäre erst durch Vollendung der Usukapion Civileigentümer der Sache geworden. Um ihm nun aber den ihm zu Unrecht entzogenen Besitz wieder zu verschaffen, wies der Prätor den iudex an, den Kläger so zu behandeln, als hätte er bereits ersessen (Fall der actio Publiciana, G. 4, 36; unten § 129). In gleicher Weise wurden die nach ius civile eintretenden Folgen der capitis diminutio minima (S. 166) beseitigt, indem die durch die Statusveränderung untergegangene Klage gegen den capite diminutus gegeben wurde „rescissa capitis diminutione“ (sog. actio rescissoria, G. 4, 38).

In diesen und zahlreichen anderen Fällen wurde also die Ausdehnung einer actio civilis auf andere schützenswerte Fälle durch eine Fiktion, nämlich dadurch ermöglicht, daß eine fehlende Klagevoraussetzung (zB. die Civität, das civile Erbrecht, die vollendete Ersitzung) hinzugedacht (si Titus civis oder heres esset, si anno possedisset) oder ein vorhandener Umstand (zB. die capitis diminutio) hinweggedacht wurde (si Titus capite diminutus non esset). Diese Klagen heißen daher actiones ficticiae.

*β.* Actiones in factum.

Bei den actiones ficticiae lehnt sich der Prätor an eine vorhandene actio civilis an (sie sind actiones utiles in dem unten S. 350 darzulegenden Sinne). Sie sind also gleich den actiones civiles auf ein civiles Rechtsverhältnis gegründet und dies zeigt sich in der Formel dadurch, daß in der intentio lediglich dieses Rechtsverhältnis, das „ius" (rem Auli Agerii esse, dare oportere ex iure Quiritium) angegeben zu werden braucht. Die actiones civiles sind deshalb actiones in ius conceptae.

Der Prätor hat aber auch ganz neue Klagerechte geschaffen, zB. die actio doli (S. 263), quod metus causa (S. 265) usw. Bei diesen kann in der Formel nicht ein Rechtsverhältnis bezeichnet werden, denn sie gründen sich nicht auf ein „ius"; es müssen vielmehr die Tatumstände im einzelnen angegeben werden, bei deren Vorliegen der Prätor die Klage zu geben verspricht. Diese vom Prätor neu geschaffenen Klagen heißen actiones in factum conceptae. Bei ihnen enthält also die intentio eine Tatfrage, bei den actiones in ius conceptae eine Rechtsfrage G. 4, 45, 46.[4])[5])

---

[4]) Eine andere Bedeutung hat der Ausdruck actio in factum, wenn er im Gegensatz zur actio vulgaris tritt. Actiones vulgares sind Klagen, deren Formeln im Edikte feststehen und mit einem festen Namen bezeichnet sind (iudicium proditum). Actiones in factum dagegen sind Klagen, deren Formeln nicht ein für allemal feststehen, sondern vom Prätor mit Rücksicht auf den einzelnen Fall besonders gebildet werden. Zu den actiones in factum in

### γ. Actiones utiles.

Actiones utiles sind Klagformeln, die der Prätor in Anlehnung an eine bestehende Formel aufstellt, also zwecks Ausdehnung ihres Anwendungsgebiets. Diese als Vorbild dienende Klage heißt actio directa[6]). Die actio utilis kann sich an eine actio civilis anlehnen, wie die actio ficticia (S. 347). Der Prätor bildete aber auch actiones utiles zu den von ihm neu geschaffenen actiones in factum[7]).

---

diesem Sinne gehören die actiones (civiles in factum) praescriptis verbis, d. h. aus dem ius civile stammende Klagen, für welche sich eine technische Bezeichnung nicht herausgebildet hat, in deren Formeln daher die demonstratio durch die Erzählung der wesentlichen Tatsachen (praescripta verba) ersetzt wird. In dieser Weise wurden insbesondere die Formeln für Klagen aus den Innominatkontrakten gebildet (unten § 71 b 1 γ b).

[5]) Der Prätor hätte den gleichen Rechtsschutzerfolg wie durch eine actio ficticia auch durch eine actio in factum erreichen können. Aber einmal schlossen sich die Prätoren bei der Fortbildung des ius civile gern möglichst eng an dieses an (S. 107) und ferner war es einfacher, das civile Rechtsverhältnis unter Hervorhebung des zu fingierenden Umstandes zu bezeichnen, als die Tatumstände einzeln aufzuführen, wie dies bei der actio in factum erforderlich war. Bisweilen wurde eine actio in factum gegeben, obgleich eine actio civilis für denselben Tatbestand vorhanden war, so daß dem Kläger die Wahl zwischen einer actio in ius concepta und einer actio in factum concepta freistand. Die doppelte Aufstellung geschah zB. für depositum und commodatum, um Hauskindern, welche actiones in ius conceptae nicht in eigenem Namen anstellen konnten, diese Anstellung zu ermöglichen (D. 44, 7, 13: In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere); vgl. G. 4, 47.

[6]) Der Ausdruck actio directa bezeichnet dreierlei: a. die Originalklage (Gegensatz actio utilis), b. die Hauptklage (Gegensatz actio contraria, S. 357), c. die unmittelbare Schadensersatzklage (Gegensatz actio noxalis, unten § 112 c 5).

[7]) Er gab zB. dem Verpächter, welchem der Pächter zur Sicherung für den Pachtzins das Wirtschaftsinventar durch bloßen Vertrag ohne Übergabe (Hypothek) verpfändet hatte, eine dingliche Klage auf Herausgabe der verpfändeten Sachen (actio Serviana). Nach und nach wurde diese Klage als utilis oder quasi Serviana actio allen Hypothekengläubigern gewährt (unten § 110 b).

2. Einteilung nach der Art der prozessualen Geltendmachung (arbitria und iudicia).

Die Einteilung in arbitria und iudicia hat verschiedene Bedeutungen. Zuweilen bezeichnet man mit arbitria die freien Klagen (bonae fidei actiones), mit iudicia die strengen Klagen (stricti iuris actiones), weil bei den ersteren arbitri urteilen, bei den letzteren ein iudex bestellt wird. Über die Bedeutung dieser auf der Art des Anspruchs beruhenden Unterscheidung ist unten 3 zu sprechen (S. 355). Meist versteht man unter arbitria jedoch die arbitrariae actiones, d. h. Klagen, deren Formel den Zusatz „nisi arbitratu tuo restituat" oder „exhibeat" oder „solvat" enthält (I. 4, 6, 31). Die condemnatio war nämlich, mit Rücksicht auf die bis in die spätere Kaiserzeit vorhandene Unzulässigkeit einer Realexekution (S. 34), in Geld auszusprechen (unten § 70 a). Ging nun eine Klage auf ein restituere, d. h. eine Rückgabe, oder ein exhibere, d. h. eine Vorzeigung, so kam der Kläger, falls er gerade an der Erlangung der Leistung selbst ein Interesse hatte und in einer Geldentschädigung keinen genügenden Gegenwert fand, nicht zu seinem vollen Rechte. Anderseits war dem Beklagten, welcher vielleicht nach Feststellung seiner Verpflichtung durch den iudex sich gern durch Realleistung befreit hätte, dieser Weg verschlossen. Dies war besonders hart in den Fällen der actiones famosae, bei denen die condemnatio Infamie nach sich zog (S. 188). Der arbitratus beseitigt diese Unzuträglichkeiten. Der iudex wird durch die actio arbitraria angewiesen, zunächst nur einen Ausspruch (pronuntiatio) über den Anspruch des Klägers zu tun[8]). Stellt er den Anspruch als gerechtfertigt fest, so erläßt er eine Ermahnung (arbitratus, iussus) zur Erfüllung an den Beklagten, und eine condemnatio desselben erübrigt sich, wenn er seiner festgestellten Verpflichtung nachkommt (G. 4, 163). Tut er dies nicht, so erfolgt

[8]) Also etwa in ähnlicher Weise wie heute gemäß § 393 CPO. bei einem nach Grund und Betrag streitigen Anspruche das Gericht über den Grund vorab entscheiden kann (Zwischenurteil).

die condemnatio pecuniaria. Kommt der Beklagte aus Ungehorsam (contumacia) dem arbitratus nicht nach, so ist der Kläger zur eidlichen Schätzung seines Interesses befugt (iusiurandum in litem, Würderungs- oder Schätzungseid).[9])

Zu den actiones arbitrariae gehören vor allem die dinglichen[10]) und diejenigen persönlichen Klagen, welche auf eine Rückgabe (actio depositi und commodati directa, actio doli, quod metus causa) und ein Vorzeigen gehen (actio ad exhibendum, zB. eines Testaments). Die einzige arbiträre Klage, bei welcher der arbitratus nicht auf ein restituere oder exhibere, sondern auf ein solvere geht, ist die actio de eo quod certo loco (sc. dari oportet, D. 13, 4).[11])

---

[9]) Nach einem Gesetze Zenos (von 477, C. 8, 4, 9) kann insbesondere der gewaltsam des Besitzes eines Grundstücks Entsetzte den Wert der hierbei verlorenen Mobilien, nach Festsetzung eines Höchstbetrags durch den Richter, eidlich schätzen (iusiurandum Zenonianum; vgl. heute CPO. § 273, unten § 116[22]). Hierdurch wurde in den bei weitem meisten Fällen der Mangel der Realexekution ausgeglichen, denn der Beklagte ließ es regelmäßig nicht auf die willkürliche Schätzung des Klägers ankommen.

[10]) Die Formel der rei vindicatio lautet: T. i. e. Si paret fundum Cornelianum, quo de agitur, ex iure Quiritium $A^i$ $A^i$ esse, neque (nisi) eum $N^s$ $N^s$ $A^o$ $A^o$ arbitratu tuo restituat, quanti ea res erit, tantum pecuniam $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ condemna, si non paret, absolve.

[11]) Hatte der Beklagte sich durch eine stipulatio verpflichtet, dem Kläger in Ephesus 1000 Scheffel Getreide zu liefern, so konnte ursprünglich nur am Erfüllungsort Ephesus geklagt werden. Später wurde dem Kläger zwar nachgelassen, den Anspruch aus diesem stricti iuris negotium auch im allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten, zB. Rom, geltend zu machen. Aber da die geschuldete Leistung in Rom naturgemäß einen anderen Wert hatte als in Ephesus, so konnte er bei der condemnatio pecuniaria nur denjenigen Wert beanspruchen, den die Leistung in Ephesus gehabt hätte. Durch die oben erwähnte Klage wurde die Ausgleichung ermöglicht. Die erforderliche Festsetzung des Geldwerts erfolgte durch den iudex in einem arbitratus de solvendo, welcher aber nicht wie der arbitratus de restituendo oder de exhibendo nur ein Zwischenurteil war, sondern als auf Geld lautend sofort zur Vollstreckung führen konnte; vgl. unten § 67 a.

3. Einteilung nach der Art des materiellen Anspruchs.

*a.* Actiones in personam und in rem (I. 4, 6, 1).

a. Dem persönlichen Rechte liegt ein Verhältnis zu einem von vornherein bestimmten Gegner, dem dinglichen zunächst nur eine unmittelbare Beziehung zu einer Sache zugrunde (S. 34). Daher enthält bei gerichtlicher Geltendmachung des persönlichen Rechts (actio in personam, condictio) die intentio die Bezeichnung des Verpflichteten, beim dinglichen Anspruch (actio in rem, vindicatio) die intentio die Bezeichnung des Verhältnisses des Klägers zu einer Sache, während der Beklagte erst in der condemnatio erscheint[12]). Den dinglichen Klagen gleichgestellt sind die Klagen aus anderen absoluten Rechten (S. 35), insbesondere den Familien- und Statusrechten (zB. die vindicatio filii in potestatem, die Präjudizialklagen, S. 168[3]).

Einige Klagen haben einen gemischten Charakter (quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam, I. 4, 6, 20), nämlich:

1) die drei Teilungsklagen (finium regundorum, D. 10, 1, familiae erciscundae, D. 10, 2, communi dividundo, D. 10, 3), insofern sie aus einem persönlichen Rechtsverhältnisse (communio) entstehen, während anderseits die Person des Beklagten nicht wie bei den actiones in personam von vornherein genau bestimmt ist, sondern durch wechselnde Zustände (Besitz, Miteigentum) bezeichnet wird[13]);

---

[12]) Die intentio in personam auf Grund eines ius ad rem lautet daher: Si paret $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ fundum Sempronianum dare oportere —: die intentio in rem auf Grund des Eigentums dagegen: S. p. fundum Sempronianum quo de agitur $A^i$ $A^i$ esse ex iure Quiritium.

[13]) Die drei Teilungsklagen sind auch noch in einer anderen Beziehung actiones mixtae (s. duplices). Während nämlich in der Regel (bei den actiones simplices) der Kläger schlimmstenfalls abgewiesen, der Beklagte verurteilt werden kann, hat bei den Teilungsklagen der Richter zwecks Auflösung der bestehenden Gemeinschaft freie Hand; er kann daher auch den vom Kläger beanspruchten Gegenstand

2) die actiones in rem scriptae (D. 4, 2, 9, 8). Dies sind Klagen, welche, einem persönlichen Rechtsverhältnis entspringend, von vornherein zwar nur gegen einen bestimmten Gegner gehen, sich aber unter gewissen Voraussetzungen auch gegen dritte richten können. Der Hauptfall ist die actio quod metus causa (formula Octaviana): die Klage auf Rückgabe abgezwungener Sachen richtet sich nicht nur gegen den Zwingenden, sondern auch gegen jeden am Zwang unbeteiligten, an welchen die Sachen gelangt sind. Eine ähnliche Natur haben die actiones noxales (unten § 112 c 5).

b. Die persönlichen Klagen zerfallen nach dem ihnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnis (§ 64 b) in: actiones ex delicto und quasi ex delicto (Klagen aus unerlaubten und diesen gleich geachteten Handlungen) und actiones ex contractu und quasi ex contractu (Klagen aus Kontrakten und wie solche behandelten Verhältnissen).

1) Die Deliktsklagen (I. 4, 6, 16ff., unten § 112) sind wieder actiones rei persequendae causa s. rei persecutoriae, wenn sie lediglich Rückgabe oder Schadensersatz bezwecken (zB. die condictio furtiva auf Rückgabe entwendeter Sachen), oder actiones poenae persequendae causa s. poenales, wenn sie auf eine an den Beschädigten zu erlegende Privatstrafe gehen. Die actiones poenales heißen mere poenales, wenn sie nur auf Strafe gehen (wie die actio furti manifesti auf das Vierfache des Werts der gestohlenen Sache); mixtae, wenn außerdem noch Wertersatz oder Rückgabe verlangt werden kann (wie bei der actio vi bonorum raptorum, welche auf den Sachwert und das Dreifache desselben geht). Strafklagen, bei welchen das Strafmaß dem Richter anheimgegeben ist (zB. die aestimatoria iniuriarum actio), heißen actiones in bonum et aequum conceptae.

---

bei der adiudicatio dem Beklagten zuteilen. Insofern heißt es in D. 44, 7, 37, 1 und D. 10, 2, 2, 3: „uterque actor est", „et rei et actoris partes sustinet".

In der Regel sind die Deliktsklagen actiones privatae, d. h. nur der Verletzte kann sie erheben. Den Gegensatz bilden die actiones populares s. publicae, Klagen wegen Verletzung eines öffentlichen, meist polizeilichen Interesses (zB. die actio sepulcri violati, D. 47, 12, 3, pr.), welche von jedem aus dem Volke (selbst einem Hausſohn) angestellt werden können. Die Geldbuße fällt meist an den Kläger, nur in einzelnen Fällen (zB. bei der von Cäsar eingeführten Klage wegen Grenzverrückung, actio de termino moto, D. 47, 21, 3, pr.), an den Staat. Konkurrieren mehrere Kläger, so trifft der Prätor die Wahl (praetor eligat idoneiorem, D. 47, 23, 2).

2) Die Kontrakte scheiden sich (S. 232) in solche, bei welchen nur ein Teil verpflichtet wird (contractus unilaterales: Nexum, Stipulation, Litteralkontrakt, Darlehen), und solche, bei welchen beiderseits Verpflichtungen entstehen können (contractus bilaterales). Die letzteren können sein: contractus bilaterales aequales, wenn für beide Teile von vornherein Verpflichtungen entstehen (synallagmatische Verträge, weil die gegenseitigen Verpflichtungen in einem Abhängigkeitsverhältnisse voneinander, *συνάλλαγμα*, stehen): Kauf, Miete, Gesellschaft. Oder sie sind contractus bilaterales inaequales, wenn zunächst nur ein Teil verpflichtet ist, während die Verpflichtung des andern Teils von besonderen Umständen abhängt (Mandat, Depositum, Kommodat, Pignus).

Aus den streng einseitigen Verträgen entspringt daher auch stets nur für den einen Vertragsteil eine Klage, und diese ist actio stricti iuris, da die Verpflichtung des Gegners von vornherein genau bestimmt oder wenigstens bestimmbar ist[14]). Bei den contractus bilaterales dagegen

[14]) Die actiones stricti iuris heißen in den Quellen fast immer condictiones. Sie konnten ursprünglich nur auf ein certum (condictio certi), später auch auf ein incertum (condictio incerti) gehen. Im engeren Sinne heißt condictio certi die auf das dare von certa pecunia gehende Klage, welcher gegenüber die Klage auf das dare jeder anderen certa res, condictio triticaria

lassen sich die wechselseitigen Verpflichtungen nicht von vornherein genau feststellen. Ihre Erfüllung hängt wesentlich

---

genannt wird (D. 13, 3, 1, pr., von triticum, Getreide, dem Hauptgegenstande der Verträge außer Geld).

Condictio war im Legisaktionenverfahren eine Verfahrensart für einseitige, festbestimmte Ansprüche (legis actio per condictionem, S. 159), so benannt, weil der Kläger hierbei im ersten Termin in iure den Beklagten auffordern mußte, am 30. Tage ad iudicem capiendum wieder vor dem Prätor zu erscheinen (G. 4, 18). Danach nannte man später die Klageformeln zur Geltendmachung einseitiger festbestimmter Ansprüche (actiones stricti iuris) condictiones. Schließlich unterschied man cond. certi und incerti (D. 46, 2, 14) und bezeichnete alle persönlichen Klagen als condictiones (D. 44, 7, 25, pr.).

Heute versteht man unter „Kondiktionen" meist die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (ABGB. §§ 1431 ff.).

Die bonae fidei iudicia (so wird in den Quellen regelmäßig gesagt, nicht b. f. actiones, vgl. nur I. 4, 6, 28) haben stets eine intentio incerta mit dem Zusatz ex fide bona, während die intentio der condictiones als certa oder incerta auf das dare facere oportere ohne diesen Zusatz geht. Außer aus contractus bilaterales aequales (Kauf, Miete, Gesellschaft) und inaequales (Auftrag, Verwahrung, Leihe, Pfandvertrag, Innominatkontrakte) entspringen bonae fidei iudicia aus der Verpflichtung zur Rückgabe eines Heiratsguts (actio rei uxoriae) oder Herausgabe einer Erbschaft (hereditatis petitio), aus der fiducia (actio fiduciae), der Führung der Vormundschaft (actio tutelae), der auftraglosen Geschäftsführung (actio negotiorum gestorum) und der Gemeinschaft (actio communi dividundo und familiae erciscundae; die actio finium regundorum ist in diesem Zusammenhange nicht erwähnt); vgl. I. 4, 6, 28. Die freiere Stellung des iudex bei den bonae fidei actiones (liberum officium iudicis) hat zur Folge:

a. der Richter hat bei der actio bonae fidei, ohne daß es der Einfügung einer exceptio bedarf (doli exceptio bonae fidei iudiciis inest, S. 365[6]), Umstände zu berücksichtigen, deren Vorhandensein das Begehren des Klägers als der bona fides zuwiderlaufend erscheinen läßt, wie Zwang und Betrug, Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnungsbefugnis;

b. er kann auch den Inhalt eines dem negotium bonae fidei bei seinem Abschlusse beigefügten formlosen (unten § 71 b 2) Nebenvertrags in Rücksicht ziehen (pacta in continenti adiecta contractui insunt);

c. er kann die omnis causa berücksichtigen, d. h. wenn es sich um Herausgabe einer Sache handelt, auch deren Früchte und Erweiterungen zusprechen; unten § 127 d;

von Treu und Glauben ab; die aus ihnen sich ergebenden Klagen heißen daher bonae fidei iudicia. Bei den contractus bilaterales aequales hat jeder Teil von vornherein eine Klage, zB. beim Kaufe der Käufer die actio empti, der Verkäufer die actio venditi; bei der Miete der Vermieter die actio locati, der Mieter die actio conducti; bei der Sozietät jeder der Vertragsgenossen die actio pro socio. Bei den contractus bilaterales inaequales dagegen hat nur der eine Teil von vornherein eine Klage, actio directa, zB. der Auftraggeber die actio mandati directa gegen den Beauftragten auf Ausführung des Auftrags, der Hinterleger die actio depositi directa gegen den Verwahrer auf Rückgabe der in Verwahrung gegebenen Sache, der Verleiher die actio commodati directa gegen den Entleiher auf Rückgabe der geliehenen Sache. Demgegenüber heißt die nur möglicherweise entstehende Klage des Gegners actio contraria, zB. actio mandati, depositi, commodati contraria des Mandatars, Depositars, Kommodatars auf Erstattung von Auslagen.

β. Actiones perpetuae und temporales. Vgl. hierüber S. 324.

## § 60. Die Verteidigung des Beklagten.

### a. Verteidigungsmittel des Beklagten.

Der Beklagte kann sich gegen eine gegen ihn erhobene Klage in mehrfacher Weise verteidigen.

1. Er kann zunächst die Erhebung der Klage als überhaupt unzulässig bezeichnen, weil es der Klage an einer Prozeßvoraussetzung fehle. Hierunter versteht man gewisse Umstände, die vorhanden sein müssen, damit das an-

---

d. aus bonae fidei negotia kann selbst bei vertragsmäßiger Festsetzung des Erfüllungsorts auch in jedem anderen Gerichtsstande des Beklagten Klage erhoben werden, bei stricti iuris actiones mußte ursprünglich am Erfüllungsorte geklagt werden, hier war also ein „örtlich ausschließlicher Gerichtsstand" begründet (vgl. § 67[3]).

Über den Satz „omnia iudicia esse absolutoria" vgl. S. 374[7].

gegangene Gericht überhaupt zu einem Urteil in der Sache selbst gelangen kann[1]): die Zulässigkeit des Rechtswegs, die ordnungsmäßige Besetzung und die Zuständigkeit des angegangegenen Gerichts, die Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit der Parteien, die Vertretungsmacht der für sie handelnden Vertreter.

2. Der Beklagte kann ferner bestreiten, daß zurzeit ein Rechtsschutzanspruch (S. 343) des Klägers bestehe, zB. daß es für die vom Kläger angestellte Feststellungsklage an dem nach CPO. § 228 erforderlichen Interesse an der alsbaldigen richterlichen Feststellung fehle.

3. In den beiden vorstehend erörterten Fällen geht der Beklagte auf den mit der Klage geltend gemachten Anspruch nicht ein, sondern beansprucht die Abweisung des Klägers aus prozessualen Gründen. Wendet er sich nun aber gegen den Anspruch selbst, so kann er: entweder bestreiten, daß der Anspruch zu Recht besteht, oder zugeben, daß er zu Recht besteht und behaupten, daß es infolge eines Gegenrechts des Beklagten zu einer Verurteilung nicht kommen kann.

α. Bestreitet der Beklagte das Bestehen des geltend gemachten Anspruchs, so kann er:

a. leugnen, daß das dem Anspruche zugrunde liegende Recht überhaupt entstanden ist oder daß es für den Kläger (Bestreiten der Aktivlegitimation des Klägers) oder gegen den Beklagten (Bestreiten der Passivlegitimation des Beklagten) entstanden ist (einfaches Leugnen, negative Litiskontestation; Beklagter führt zB. an: der vom Kläger behauptete Kauf sei nicht bindend zustande gekommen oder Kläger sei als Vertreter des X oder Beklagter als Vertreter des Y aufgetreten);

b. zugeben, daß das dem Anspruche zugrunde liegende Recht zwar äußerlich entstanden sei, aber einwenden, daß

---

[1]) Mangelt es an einer Prozeßvoraussetzung, so erfolgt zwar auch eine Entscheidung auf Abweisung des Klägers, denn das eingeleitete Prozeßverfahren muß einen Abschluß erhalten; diese Abweisung ist aber nur eine formelle (gemeinr. sog. absolutio ab instantia im Gegensatz zur Abweisung aus sachlichen Gründen, absolutio ab actione) und hindert den Kläger nicht, die Klage zu erneuern.

es aus einem besonderen Grunde wirkungslos sei (Einwendung sog. rechtshemmender Tatsachen, zB. Beklagter sei beim Kaufabschlusse handlungsunfähig gewesen oder der Kauf sei simuliert);

c. zugeben, daß das dem Anspruch zugrunde liegende Recht gültig entstanden sei und einwenden, daß es wieder erloschen sei (Einwendung sog. rechtsvernichtender Tatsachen, zB. der eingeklagte Kaufpreis sei gezahlt, durch Aufrechnung beseitigt).

β. Gibt der Beklagte zu, daß der Anspruch zu Recht besteht, so kann er einwenden, daß der Anspruch infolge eines selbständigen Gegenrechts des Beklagten zurzeit oder überhaupt wirkungslos sei (zB. der vom Eigentümer auf Herausgabe einer Sache belangte Besitzer wendet ein, daß ihm daran ein Miet-, Pfand-, Zurückbehaltungsrecht zusteht).

Dem einfachen Leugnen (α a) gegenüber werden heute die sonstigen Erklärungen des Beklagten auf die Klage mit dem Ausdruck „Einwendungen" zusammengefaßt (zB. ABGB. §§ 1361, 1396). Diejenigen Einwendungen des Beklagten, mit denen er den Anspruch des Klägers, falls er begründet sein sollte, mit Hilfe eines Gegenrechts beseitigen will, heißen Einreden, zB. Einrede der Verjährung, des Zurückbehaltungsrechts, der Vorausklage. Über das Verhältnis dieser Einreden zu den exceptiones des rR. vgl. S. 363.

4. Die Anführungen des Beklagten lassen sich nach zwei Gesichtspunkten gruppieren: einmal danach, welche Partei die tatsächlichen Unterlagen einer Anführung zu beweisen hat, hierfür (wie man sagt) die „Beweislast" (onus probandi)[2])

[2]) Wer eine Tatsache beweisen muß, hat die „Last" hiervon: er muß die Beweismittel aufsuchen und bezeichnen und trägt die Gefahr davon, wenn sie den Beweis nicht erbringen; denn dann gilt die zu beweisende Tatsache als unerwiesen und daher unbeachtlich. Ein sehr wichtiges, jedoch nur subsidiäres Beweismittel ist das durch Vernehmung der Parteien, welche, wenn das Ergebnis der unbeeideten Befragung nicht ausreicht, auch eidlich erfolgen kann. Die eidliche

hat; und ferner danach, welche der den Einwendungen zugrunde liegenden Tatsachen der Richter auch von Amts wegen zu berücksichtigen hat und welche umgekehrt nur zu beachten sind, wenn der Beklagte dies ausdrücklich verlangt.

*a.* Beweislast[3]).

Bestreitet der Beklagte das Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen oder die Entstehung des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs, so hat der Kläger die Beweislast: onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat[4]), D. 22, 3, 2; actore non probante reus absolvitur.

Bringt der Beklagte dagegen eine Einwendung, d. h. eine rechtshemmende oder eine rechtsvernichtende Tatsache, oder ein selbständiges Gegenrecht vor, so hat der Beklagte deren tatsächliche Unterlage zu erweisen (reus in exceptione actor est, D. 44, 1, 1). Der Beklagte ist auch nicht gehindert, nebeneinander den Klagegrund zu bestreiten und — für den Fall, daß er erwiesen wird — Einwendungen vorzubringen (qui excipit, non fatetur).

Diese Grundsätze stehen von jeher fest. So oft aber über die Beweislast gestritten wird (zB. beim bedingten

---

Aussage kann über dieselbe Tatsache stets nur einer Partei aufgetragen werden (vgl. CPO. §§ 371, 376, 377, 374).

Die Frage nach der Beweislast gehört dem materiellen Recht an; dagegen gehört die Frage nach den Beweismitteln, d. h. denjenigen Mitteln, die dazu dienen sollen, dem Richter die Überzeugung von der Wahrheit einer Behauptung beizubringen (Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Eid) dem Prozeßrecht an.

[3]) D. 22, 3: De probationibus et praesumptionibus.

[4]) Daraus hat man früher den irrigen Schluß gezogen: negativa non sunt probanda, d. h. das Nichtsein von Tatsachen braucht nicht bewiesen zu werden, während der obige Satz nur bedeutet: jede Partei muß diejenigen Tatsachen beweisen, die sie behaupten muß, um ihre Klage oder Einwendung zu begründen, wobei es freilich häufig streitig ist, welche Tatsachen zur Klagebegründung erforderlich sind (s. o.). Daß bisweilen auch das Nichtsein eines Umstands zu beweisen ist, zeigt zB. die Illegitimitätsklage, bei welcher der Vater beweisen muß, daß das in der Ehe geborene, aber als unehelich bezeichnete Kind nicht von ihm stammt (ABGB. §§ 158, 159) und die condictio indebiti (unten § 111 b 1), bei der der Kläger beweisen muß, daß die von ihm bezahlte Schuld nicht bestand.

Rechtsgeschäft, S. 291), handelt es sich eben darum, ob ein Vorbringen des Beklagten als ein Leugnen oder als eine Einwendung aufzufassen ist.

Die Einwendungen des Beklagten kann der Kläger wieder durch — von ihm zu erweisende — Repliken, diese der Beklagte seinerseits — durch von ihm zu erweisende — Dupliken entkräften (D. 44, 1, 2, 1).

Eine an sich beweispflichtige Partei wird der Beweispflicht ledig, wenn der Gegner die zu beweisende Tatsache zugesteht (Geständnis, ZPO. § 266, nicht zu verwechseln mit dem Anerkenntnis des Anspruchs, der confessio in iure, ZPO. §§ 239, 395), ferner wenn sie gerichtskundig (notorisch) ist (ZPO. § 269) oder wenn das Gesetz für sie eine Rechtsvermutung (praesumtio iuris, zB. die praesumtio Muciana, s. u.) aufstellt (ZPO. § 270). Im letzteren Falle muß der Beweis des Gegenteils vom Gegner geführt werden; zuweilen ist aber ein Gegenbeweis überhaupt nicht zulässig, sog. praesumtio iuris et de iure (sc. contrariam probationem non admittens, zB. im rR. die Beweiskraft eines Darlehnsschuldscheins nach Ablauf der zweijährigen Anfechtungsfrist, unten § 71[10]).

*β.* Von Amts wegen und nur auf Einwendung zu berücksichtigende Umstände.

Die Anführungen des Beklagten haben vielfach nur den Zweck, den Richter auf Umstände hinzuweisen, die er auch von Amts wegen berücksichtigen müßte. So braucht der Beklagte nach dem das moderne Recht beherrschenden Grundsatze „da mihi factum, dabo tibi ius" keinerlei Rechtsausführungen zu machen und es ist ferner der Mangel einer Prozeßvoraussetzung, sowie eines zur Begründung des geltend gemachten Anspruchs unentbehrlichen Umstands, endlich das Vorhandensein der rechtshemmenden und rechtsvernichtenden Tatsachen vom Richter nicht nur auf Einwendung des Beklagten, sondern auch von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn der Richter das Vorliegen derartiger Umstände auf andere Weise erfährt.

Manche der zur Abweisung oder zur Beschränkung des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs geeigneten Umstände dürfen dagegen vom Richter, selbst wenn er ihr Vorhandensein kennt, nur berücksichtigt werden, wenn sie vom Beklagten einwandsweise geltend gemacht werden[5]). Nicht von Amts wegen sondern nur auf Verlangen des Beklagten zu beachten sind die Einreden. Sie gewähren dem Beklagten, wie S. 359 dargelegt, das Recht, den an sich begründeten — nämlich rechtswirksam entstandenen und nicht wieder beseitigten — Anspruch des Klägers kraftlos zu machen. Ob der Beklagte sich dieses Rechts bedienen will, ist seine Sache (iure suo uti nemo cogitur, S. 336); tut er es nicht, so bleibt die Einredetatsache für den Prozeß bedeutungslos.

Da die Vorschützung von Einreden hiernach im freien Belieben des Beklagten liegt, so ergibt sich als weitere Eigentümlichkeit die Einreden gegenüber den sonstigen (rechtshemmenden und -vernichtenden) Einwendungen, daß der Beklagte sie durch vertragsmäßigen Verzicht beseitigen kann.

### b. Die exceptio.

#### 1. Allgemeines.

Wie oben dargelegt, nennt man heute „Einreden" diejenigen Umstände, die dem Beklagten die Berechtigung gewähren, einen an sich begründeten Anspruch des Klägers

---

[5]) Im modernen Prozesse ist die Frage, ob ein Umstand von Amts wegen oder nur auf Einwendung des Beklagten zu berücksichtigen ist, am häufigsten zu entscheiden im Versäumnisverfahren gegen den Beklagten, wenn also dieser im Verhandlungstermine nicht erscheint und daher das Vorbringen des Klägers als zugestanden gilt. Selbst dann ist (CPO. §§ 396, 399, 401) ein Versäumnisurteil nur zu erlassen, wenn dieses Vorbringen den Klageantrag rechtfertigt. Trägt nun zB. der Kläger selbst vor, daß der Beklagte bei Abschluß des Kaufvertrags, dessen Erfüllung verlangt wird, entmündigt war, so müßte er abgewiesen werden; denn das Gericht hat diese vom Kläger selbst vorgetragene, rechtshemmende Tatsache von Amts wegen zu berücksichtigen. Anders, wenn sich aus der Klage zB. ergeben würde, daß der Anspruch verjährt ist oder wegen eines dem Beklagten zustehenden Gegenanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden könnte. Diese Umstände bleiben unberücksichtigt, bis der Beklagte darauf eine „Einrede" gründet.

zurückzuweisen. Als der diesem Begriffe der Einreden entsprechende römische Begriff wird häufig die exceptio bezeichnet. Diese Gleichstellung von Einrede und exceptio ist jedoch verfehlt.

*a.* Die exceptio (vgl. I. 4, 13: De exceptionibus, D. 44, 1: De exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis, C. 8, 35: De exceptionibus sive praescriptionibus) hatte im Formularprozeß die rein prozessuale Bedeutung einer Ausnahme (daher der Name) von dem Kondemnationsbefehl (D. 44, 1, 2, pr.: Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est). In eine exceptio gekleidet wurden nun aber nicht nur Einreden im heutigen Sinn, also Gegenrechte des Beklagten gegenüber einem an sich begründeten Anspruch des Klägers, sondern unter Umständen auch rechtshemmende und rechtsvernichtende Tatsachen. Der Kreis derjenigen Umstände, die der Magistrat in einer exceptio zum Ausdrucke bringen mußte, damit der iudex sie berücksichtigen konnte, stand auch nicht ein für allemal fest. Wegen der eigentümlichen Gestaltung des Formularprozesses war er vielmehr verschieden, je nachdem eine formula in ius concepta oder eine formula in factum concepta (S. 349) gewährt wurde: bei der ersteren mußten nur Einredetatsachen, bei der letzteren aber auch rechtshemmende und rechtsvernichtende Tatsachen in eine exceptio gekleidet werden, damit der iudex zu ihrer Berücksichtigung in der Lage war[6]). Von Ein-

[6]) a. Bei der formula in ius concepta wurde der iudex angewiesen zu verurteilen zB.: „Si paret, Nm Nm Ao Ao centum dare oportere". Wendete der Beklagte nun in iudicio ein, er sei beim Abschlusse des zugrunde liegenden Vertrags wahnsinnig gewesen oder er habe die Schuldsumme bereits bezahlt, so konnte der iudex diese — rechtshindernden und rechtsvernichtenden — Tatsachen berücksichtigen, ohne daß sie in eine exceptio gekleidet zu werden brauchten, denn der iudex hat festzustellen, ob der Beklagte — im Augenblicke der Klageerhebung, S. 373 — „dare oportet", und kann dies nicht, wenn er findet, daß der zugrunde liegende Vertrag nichtig oder die

wendungen des Beklagten, die der iudex auch ohne Einkleidung in eine exceptio berücksichtigen muß, sagt man,

---

gültig entstandene Schuld getilgt ist. Exceptiones brauchen also nur bezüglich solcher Umstände in die Formel eingefügt zu werden, die das an sich begründete dare oportere ausschließen sollen. Wendet zB. der Beklagte gegenüber einer Stipulationsschuld ein, Kläger habe ihm die Schuld durch pactum de non petendo (unten § 80) erlassen, so muß dieser Einwand als exceptio aufgenommen werden, um von iudex berücksichtigt zu werden. Denn da die Stipulationsschuld grundsätzlich nur durch Akzeptilation beseitigt werden kann, nicht durch formloses pactum de non petendo (unten § 80), so ist die intentio: $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ centum dare oportere immer noch richtig, und es bedarf einer besonderen Anweisung des Prätors, um dem iudex zu ermöglichen, auch den formlosen Erlaßvertrag zu berücksichtigen.

b. Bei der formula in factum concepta dagegen wurde der iudex nicht angewiesen, zu verurteilen, wenn er das rechtsgültige Bestehen einer Schuld des Beklagten oder eines sonstigen Rechtsverhältnisses feststellen würde, vielmehr gibt hierbei die intentio dem iudex nur auf, festzustellen, ob eine gewisse Tatsache vorgefallen ist (zB. Si paret $A^m$ $A^m$ apud $N^m$ $N^m$ mensam argenteam deposuisse). Behauptet der Beklagte in diesem Falle, daß die normale Wirkung dieser Tatsache durch andere (rechtshindernde oder -aufhebende) Tatsachen ausgeschlossen sei, so muß er die Aufnahme solcher Tatsachen in die Formel im Wege einer exceptio bewirken, sonst stellt der iudex eben nur die Tatsache der intentio fest.

c. Nach dem vorstehenden hatte der Beklagte der intentio in ius concepta gegenüber seine Einreden, der intentio in factum concepta gegenüber auch seine sonstigen Einwendungen bei Vermeidung des Verlustes schon in iure vorzubringen. Freier wird seine Verteidigung seit Schaffung der exceptio doli. Mindestens seit der Zeit des Labeo kann der Beklagte die Einfügung einer allgemeinen Klausel folgender Fassung beantragen: si in ea re nihil dolo malo $A^i$ $A^i$ factum sit neque fiat (G. 4, 119). Durch den ersten Teil dieser Klausel (si — nihil dolo malo factum sit) behält sich der Beklagte die Einrede vor, daß der Kläger ihn bei Abschluß des Rechtsgeschäfts, um dessen Erfüllung es sich handelt, betrogen habe (S. 263). Die exceptio doli in dieser Richtung geht also in die Vergangenheit zurück und stützt sich auf einen bestimmten Vorgang (Betrug des Klägers bei Abschluß des Geschäfts); man bezeichnet sie heute daher als exceptio doli specialis s. praeteriti. Eine weit umfassendere Bedeutung hat der zweite Teil der Formel „neque fiat". Er weist den Richter an, auch solche Umstände zu berücksichtigen, welche die Anstellung der gegenwärtigen Klage im gegenwärtigen Augenblick als dolus malus des Klägers erscheinen lassen. Da es nun dolus malus ist, wenn Kläger einen Anspruch geltend macht, welchem Beklagter eine

sie wirken „ipso iure“, von anderen, sie wirken nur „ope exceptionis“ [7]).

Die Einfügung einer exceptio erfolgte durch einen mit „si non“ (nicht mit „nisi“, wie beim arbitratus, S. 352 [10]) eingeleiteten Nebensatz, der eine negative Bedingung der Verurteilung ausdrückte. Die Formel lautete also zB. in dem Anm. 6 zu a erwähnten Falle: T. i. e. Si paret $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ centum dare oportere, si non convenit, ne ea pecunia peteretur, $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ centum condemna, s. n. p. a.

β. Mit der unter α behandelten Frage, welche Umstände der iudex von Amts wegen, ipso iure, und welche er nur dann berücksichtigen durfte, wenn sie in eine exceptio gekleidet waren, nicht zu verwechseln ist die Frage, wann der Magistrat von Amts wegen die Einfügung einer ex-

---

dem Kläger bekannte Einwendung entgegensetzen kann, so erübrigt sich zunächst die besondere Aufführung der dem Kläger bekannten Einwendungen. In späterer Zeit wird von der Kenntnis des Klägers abgesehen (D. 45, 1, 36), und nunmehr erhält dieser Teil der exceptio doli dem Beklagten ohne weiteres alle seine Einwendungen. Man bezeichnet die exceptio doli in dieser umfassenden und den Zeitpunkt der Entscheidung in Betracht ziehenden Wirkung als exceptio doli generalis s. praesentis.

Die römische Praxis bediente sich der exceptio doli, um das Civilrecht im Sinne der aequitas umzubilden (iuris civilis corrigendi gratia); auf sie führt die Ausbildung der Retention (unten § 70 b 1), der Kompensation (unten § 79 a) und der exceptio rei venditae et traditae (oben S. 310 [1]) zurück. Keiner exceptio doli bedarf es bei bonae fidei iudicia, da bei diesen schon die Klausel ex fide bona den iudex zur Berücksichtigung eines etwaigen dolus des Klägers anweist: „doli exceptio bonae fidei iudiciis inest“, S. 356 [14].

[7]) Diesen Gegensatz verwendet man auch heute noch, indem man — in unrichtiger Gleichstellung von Einrede und exceptio — die von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstände, die zur Abweisung der Klage führen, als „ipso iure“ die nur auf Verlangen des Beklagten zu berücksichtigenden als „ope exceptionis“ wirkend bezeichnet.

Gemeinrechtlich bezeichnete man die rechtshindernden und rechtsaufhebenden Einwendungen als exceptiones facti (prozessuale Einreden), die Gegenrechte (Einreden) als exceptiones iuris s. actionis (materielle Einreden).

ceptio in die Formel zu veranlassen hatte. Dies mußte wegen des obwaltenden öffentlichen Interesses geschehen beim Vorliegen der exceptio legis Plaetoriae (S. 242), der exceptio SC. Velleiani (S. 250) und der exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae (unten § 62 b 1). Diese Umstände waren vom Magistrat als Exzeptionen in die Formel einzufügen, auch wenn der Beklagte dies nicht verlangte. Hierin zeigt sich ein weiterer Unterschied der röm. exceptio von der modernen Einrede, deren Begriffsmerkmal gerade darin zu finden ist, daß sie nur auf Verlangen des Beklagten berücksichtigt werden darf.

2. Einteilung der Exzeptionen.

Gleich den Aktionen (S. 347) werden die Exzeptionen herkömmlich gewissen Einteilungen unterworfen, wobei man jedoch unter exceptio teils den römischrechtlichen, rein prozessualen Begriff (unten *α*), teils den modernen materiellrechtlichen Begriff der Einrede versteht (unten *β*, *γ*, *δ*).

*α*. Die Einleitung in exceptiones civiles (zB. legis Plaetoriae, S. 242, legis Cinciae, unten § 90 b 1, SC. Macedoniani, unten § 93 b 1, und SC. Velleiani, S. 250) und exceptiones honorariae (zB. die exceptio doli, S. 263, quod metus causa, S. 266), ferner in exceptiones in ius und in factum conceptae (S. 349) entspricht den gleichen Einteilungen der actiones.

*β*. Exceptiones in rem heißen die einem jeden, exceptiones in personam die nur einem bestimmten Kläger entgegenstehenden Einreden; exceptiones rei cohaerentes (zB. doli, metus) heißen die einem jeden in das fragliche Rechtsverhältnis eintretenden Beklagten, also insbesondere auch den Rechtsnachfolgern und Bürgen des ursprünglichen Verpflichteten zustehenden Einreden (zB. die exceptio doli und metus), exceptiones personae cohaerentes die nur einem bestimmten Beklagten aus einem bei ihm vorhandenen besonderen Grunde zustehenden (zB. die exceptio competentiae, unten § 70 a). Macht ein Beklagter unzulässigerweise eine nur einem bestimmten Verpflichteten zustehende Einrede geltend, dann spricht man von einer (unzulässigen) exceptio de iure tertii.

γ. Abgeleitete Exzeptionen sind solche, welche sich auf ein auch durch Klage zur Geltung zu bringendes Recht stützen, zB. exceptio quanti minoris, abgeleitet von der actio quanti minoris (unten § 87 b), vgl. D. 50, 17, 156, 1; selbständige Exzeptionen sind solche, die nur zur Verteidigung dienen können, zB. exceptio SC. Macedoniani und Velleiani, die Einrede der Verjährung.

δ. Exceptiones peremtoriae s. perpetuae sind solche, welche den Anspruch des Klägers gänzlich vernichten, zB. die exceptio quod metus causa, doli, transactionis (des Vergleichs). Demgegenüber heißen exceptiones dilatoriae s. temporales solche Einwendungen, die sich nicht gegen den Klageanspruch selbst, sondern nur gegen die Art oder die Zeit seiner Geltendmachung richten, also durch Aufschiebung der Klage oder eine andere Art ihrer Anstellung hätten vermieden werden können, zB. die Einrede der Stundung, des Zurückbehaltungsrechts, der Unzuständigkeit des Gerichts (D. 44, 1, 3).[8]) Die peremtorischen Einwendungen entstammen stets dem materiellen Rechte, die dilatorischen können diesem oder (wie die Einrede der Rechtshängigkeit, ZPO. §§ 232, 233, 239) dem Prozeßrecht entnommen sein[9]).

---

[8]) Das deutsche BGB. bezeichnet die peremtorischen Einreden als „Einreden, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird" (zB. § 813), die dilatorischen als „Einreden, auf Grund welcher der Verpflichtete vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist" (zB. § 202).

[9]) Die Wirkung der Einreden war im Formularverfahren für beide Arten die gleiche: stellten sie sich als begründet heraus, so war durch die Abweisung des Klägers die Sache für immer erledigt, denn wegen der durch die Litiskontestation eintretenden Konsumtion des Anspruchs (S. 370) war erneute Geltendmachung des Anspruchs selbst dann nicht mehr zulässig, wenn die erste Klage nur auf Grund einer dilatorischen Einrede als verfrüht oder unrichtig erhoben abgewiesen worden war.

Erst durch Kaiser Zeno (I. 4, 13, 10) wurde durch die nochmalige Anstellung einer wegen pluris petitio tempore abgewiesenen Klage zugelassen. Nachdem seit Justinian die durch die Litiskontestation eintretende prozessuale Konsumtion der Ansprüche beseitigt war (S. 371), konnte der Beklagte einer erneuten Klage mit der exceptio rei iudi-

## § 61. Die Wirkungen der Klageerhebung.

### a. Eintritt der Wirkungen.

Die prozessuale Geltendmachung eines Rechts (die sog. Rechtshängigkeit) wirkt in gewisser Weise auf dieses zurück. Es fragt sich zunächst, mit welchem Zeitpunkte diese Wirkungen eintreten. Im Legisaktionen- und Formularverfahren traten alle diese Wirkungen mit dem Abschlusse des Verfahrens in iure ein, nämlich im Legisaktionenverfahren mit der litis contestatio, der Feststellung des Streitstandes vor Zeugen, im Formularverfahren mit der Aushändigung der schriftlich festgestellten formula an den Kläger. Im justinianischen Prozesse galt als spätester Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Schluß des ersten Verhandlungstermins (post narrationem propositam et contradictionem obiectam, vgl. C. 3, 1, 14, 4), in dem rein schriftlichen Gemeinen Prozesse das Eingehen der Klagebeantwortung bei Gericht (Kriegs- oder Streitbefestigung). Mit diesem Zeitpunkte trat, wie man unter weiterer Verwendung des in Wahrheit nicht mehr zutreffenden Ausdrucks sagte, Litiskontestation ein; doch wurden in beiden Prozessen gewisse Wirkungen, nämlich die Litigiosität (S. 375) und die Unterbrechung der Anspruchsverjährung (S. 331) schon an das Eingehen der Klageschrift bei Gericht geknüpft. Nach der CPO. treten alle Wirkungen der Rechtshängigkeit mit der Zustellung der Klage an den Beklagten ein (CPO. § 232), in gewissen Ausnahmefällen (zB. bei Widerklagen (CPO. §§ 233 und 236, vgl. auch JN. § 96) durch Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung.

### b. Die Wirkungen der Rechtshängigkeit.

#### 1. Prozeßnovation.

Nach altrömischer Anschauung gehörte, wie S. 158 dargelegt, die unmittelbare Entscheidung bürgerlicher Rechts-

---

catae nicht entgegentreten, wenn die erste Abweisung lediglich auf Grund einer dilatorischen Einrede erfolgt war (absolutio ab instantia, S. 358[1]; das gleiche folgt aus CPO. § 411).

streitigkeiten nicht zu den Amtspflichten der Magistrate. Vielmehr hatten diese nur Recht und Pflicht, den Streitstand festzustellen (Verfahren in iure) und den die eigentliche Entscheidung fällenden iudex — regelmäßig auf Vorschlag der Parteien — zu bestellen. Die Litiskontestation und das Verfahren in iudicio, in welchem das Urteil erging, setzte nun aber — wie im Civilprozesse darzulegen ist — die Mitwirkung beider Teile voraus. Es gab bis auf Mark Aurel kein Versäumnisverfahren im Sinne der CPO. §§ 396 ff., wobei unter Unterstellung der vom Kläger behaupteten Tatsachen der Richter durch Endurteil entscheidet, ob diese den geltend gemachten Anspruch rechtfertigen. Vielmehr mußte der Beklagte mitwirken, wenn es zu einem Urteil kommen sollte; es bestand für ihn eine „Einlassungspflicht" (so schon nach den 12 Tafeln: si in ius vocat, ito, S. 95), deren Erfüllung teils unmittelbar, teils mittelbar erzwungen wurde. Weigerte sich nämlich der Beklagte, einer gerechtfertigten in ius vocatio zu folgen, so konnte er vom Kläger anfänglich durch manus iniectio dazu gezwungen werden. Später legte ihm der Prätor auf Antrag des Klägers eine Strafe (multa) auf, und wies den Kläger in das Vermögen des Beklagten ein, der absens indefensus ist oder fraudationis causa latitat, d. h. sich böslich der Ladung entzieht. Die grundlose Verweigerung der Einlassung auf die Klage galt also als Konkursgrund.

Wegen der unentbehrlichen Beteiligung beider Parteien am Prozesse konstruierten die Römer diesen als einen Quasikontrakt (iudicio contrahitur, D. 15, 1, 3, 11): durch die Litiskontestation vereinbaren die Parteien, ihren Streit durch den erwählten iudex endgültig entscheiden zu lassen[1]).

[1]) Für die CPO. ist diese Auffassung des Prozesses als eines zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages privatrechtlicher Natur unannehmbar. Durch die Klageerhebung entstehen zwar auch zwischen dem Kläger, dem Beklagten und dem Gericht als Organ des um Rechtsschutz angegangenen Staates rechtlich geordnete Beziehungen, also ein Rechtsverhältnis („Prozeßrechtsverhältnis", S. 33[38]); aber dieses Rechtsverhältnis ist wesentlich öffentlich-rechtlicher Natur und seine Gestaltung dem Privatbelieben der Parteien daher entzogen. Es

Die Folge dieser Anschauung war, daß mit dem Augenblicke, wo ein Anspruch durch Litiskontestation rechtshängig wurde, der Kläger den Anspruch nicht anders als durch Fortsetzung des Verfahrens geltend machen konnte (bis de eädem re ne sit actio). Der Anspruch auf Zahlung zB. wandelte sich gewissermaßen durch die Litiskontestation in einen Anspruch, sich dem Urteil zu unterwerfen und durch das Urteil in einen Anspruch, dieses zu erfüllen um (sog. Prozeßnovation, novatio necessaria im Gegensatz zu der vertragsmäßigen Forderungsumwandlung, der novatio voluntaria, unten § 76 b); vgl. G. 3, 180: Apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Diese **Konsumtion** des Anspruchs durch die Litiskontestation bewirkte, daß der Beklagte, wenn der Kläger nach erfolgter Litiskontestation den Prozeß, etwa weil er seine Abweisung wegen eines formellen Fehlers vorhersah[2]), nicht fortführte, sondern einen

---

gibt keinen „Konventionalprozeß" mehr; die Parteien einigen sich insbesondere nicht mehr, wie regelmäßig im rR., über die Person des Richters, sondern dieser ist durch die Gerichtsverfassung von Rechts wegen bestimmt, und niemand darf diesem „gesetzlichen Richter" entzogen werden (§ 1 des Ges. vom 27. Oktober 1862, RGB. Nr. 87, zum Schutze der persönlichen Freiheit). Nur in einzelnen Beziehungen ist eine vertragsmäßige Prozeßgestaltung zugelassen (prorogatio fori, JN. § 104, schiedsrichterliches Verfahren, ABGB. § 1391, CPO. §§ 577 ff.).

Die CPO. kennt auch keinen Einlassungszwang mehr. Erscheint jedoch eine Partei in dem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termin nicht, so läuft sie Gefahr, daß im Wege des Versäumnisverfahrens (CPO. §§ 396 ff.) ihre kostenpflichtige Abweisung oder Verurteilung erfolgt.

[2]) Das konnte besonders in dem streng formalistischen Legisaktionenverfahren eintreten (S. 149[2]). Aber auch im Formularverfahren wurde der Kläger mit der ganzen Klage abgewiesen, falls er eine unberechtigte Mehrforderung (plus oder pluris petitio) erhoben hatte. Die plus petitio kann geschehen re (zu viel), tempore (zu früh), causa (Klage auf einen bestimmten Gegenstand, während Beklagter die Wahl unter mehreren hat), loco (wenn die Erfüllung an einem anderen Ort als dem richtigen gefordert wird). Dies wurde erst durch Justinian beseitigt; vgl. oben S. 367[9].

neuen begann, diesem mit der exceptio rei in iudicium deductae entgegentreten konnte. Denn da der Anspruch des Klägers durch den ersten Prozeß völlig verbraucht war, mangelt es dem zweiten an dem Klagegrund[3]). Es gab also auch keine Klagerücknahme wie nach CPO. § 237.

Erst durch Justinian wurde die konsumierende Kraft die Litiskontestation, ihre sog. negative Funktion beseitigt. Er ersetzte die peremtorische (S. 367), also jede anderweitige Geltendmachung ausschließende exceptio rei in iudicium deductae durch die nur dilatorische, also mit der Rücknahme der zuerst angestellten Klage fortfallende, exceptio litis pendentis (Einrede der Rechtshängigkeit). Seither tritt eine Prozeßnovation jedenfalls nicht infolge der Rechtshängigkeit (der Litiskontestation) ein; ob infolge des Urteils ist unten § 62 b zu erörtern.

2. Prozessuale Wirkungen der Rechtshängigkeit.

*a.* Exceptio litis pendentis.

Seit Justinian hat die Rechtshängigkeit, wie erwähnt,

---

[3]) In Wahrheit bewirkte die novatio necessaria nicht gleich der novatio voluntaria eine innerliche Veränderung des Anspruchs. Vielmehr blieb der rechtshängig gewordene Anspruch materiell der gleiche wie vorher, also ein Darlehns-, Kaufpreis-, Mietzinsanspruch usw. Er trat nur in einen besonderen Abschnitt seiner Verwirklichung. Da er an sich der gleiche blieb, gingen auch nicht, wie bei der vertragsmäßigen Novation (unten § 76 b 3), seine Nebenrechte (Pfand, Bürgschaft, Konkursprivilegien) unter, sondern auf den rechtshängigen und sodann auf den Urteilsanspruch (actio iudicati) über (vgl. D. 46, 2, 29).

Nicht immer bedurfte es übrigens der Einführung einer exceptio rei in iudicium deductae, um die Abweisung des in einem zweiten Prozesse geltend gemachten, bereits rechtshängigen Anspruchs herbeizuführen. Im Legisaktionenverfahren ging durch die litis contestatio der geltend gemachte Anspruch „ipso iure" unter, was der zur Entscheidung des zweiten Verfahrens bestellte iudex daher von Amts wegen berücksichtigen mußte (S. 366), und das gleiche galt auch noch im Formularverfahren für die lediglich auf ius civile beruhenden Prozesse, nämlich dann, wenn zur Entscheidung über eine actio in personam mit formula in ius concepta ein iudicium legitimum bestellt war (vgl. G. 4, 104 ff.). Hierüber ist im Civilprozeß zu sprechen.

keine novierende Wirkung, begründet aber nunmehr die exceptio litis pendentis, auf Grund welcher der Beklagte die Einlassung auf eine andere Klage bis zur Zurücknahme der ersten verweigern konnte (ebenso ZPO. §§ 233, 240).

*β.* Perpetuatio fori.

Die im Augenblicke der Litiskontestation vorhandene Zuständigkeit des angerufenen Gerichts wird durch eine spätere Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt (sog. perpetuatio fori, D. 5, 1, 30: ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet; vgl. IR. § 29).

*γ.* Unzulässigkeit der Klageänderung.

Im Legisaktionenverfahren bildete die durch die litis contestatio, im Formularverfahren die durch die formula erfolgte Feststellung des Streitstandes die unveränderliche Grundlage des iudicium. Eine Änderung des Klagegrundes, also des objektiven Inhalts des geltend gemachten Anspruchs, war deshalb nach der Litiskontestation nur zulässig, wenn dem Kläger gegen die Litiskontestation in integrum restitutio gewährt wurde[4]). Dagegen war die subjektive Änderung, d. h. eine Umschreibung der Formel auf andere als die ursprünglich darin bezeichneten Personen möglich (sog. translatio iudicii), zB. beim Wechsel des iudex (wegen Todes oder falls er nach Schluß der Verhandlung in iudicio schwört „rem sibi non liquere"), beim Tod einer Partei (im Fall der Aufnahme, reassumtio litis, durch den Erben) und beim Fortfall eines Stellvertreters[5]).

---

[4]) Im späteren rR. wurde mit dem Fortfalle der Teilung des Verfahrens die Klageänderung (mutatio libelli) zulässig, aber von der Zustimmung des Beklagten abhängig; nach der ZPO. ist die Klageänderung (d. h. Änderung des Klagegrundes, § 235) von der Einwilligung des Beklagten abhängig, in 1. Instanz aber auch ohne diese zulässig, wenn die Verhandlung dadurch nicht wesentlich erschwert oder verzögert wird. Im Berufungsverfahren ist eine Klageänderung selbst mit Zustimmung des Beklagten ausgeschlossen (ZPO. § 483 Abs. 3).

[5]) Trat für eine Partei ein Prozeßvertreter auf, so wurde er nicht wie im heutigen Prozesse (ZPO. §§ 26, 373) neben, sondern an

### 3. Materielle Wirkungen der Rechtshängigkeit.

Die materiellen Wirkungen der litis contestatio lassen sich auf den Grundsatz zurückführen, daß für das Bestehen und den Umfang des geltend gemachten Anspruchs der Zeitpunkt der l. c. maßgebend bleiben soll. Keine Partei soll durch das Hinausschieben des Endurteils Vorteil oder Nachteil haben. Hieraus folgt für das klassische rR.:

*α.* Ist der Anspruch des Klägers zur Zeit der l. c. nicht begründet, so erfolgt Abweisung der Klage, selbst wenn der Mangel (zB. der Fälligkeit des Anspruchs) bis zum Erlasse der sententia im iudicium behoben wird (D. 5, 1, 23).[6])

*β.* Ist der Anspruch zur Zeit der l. c. begründet, und fällt er später fort (zB. durch Erfüllung), so muß dem Prinzipe nach trotzdem Verurteilung erfolgen[7]).

---

Stelle der Partei und zwar in der condemnatio genannt; zB.: T. i. e. Si paret $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ centum dare oportere, $N^m$ $N^m$ Titio (Vertreter des Klägers) centum condemna oder Titium (Vertreter des Beklagten) $A^o$ $A^o$ centum condemna, si non paret absolve. Daher bedurfte es bei einer Änderung des Vertreters einer Änderung der Formel.

[6]) Schon die Römer haben diesen Grundsatz nicht starr durchgeführt. So soll bei der rei vindicatio (D. 6, 1, 27, 1), der hereditatis petitio (D. 5, 3, 18, 1), der actio depositi (D. 16, 3, 1, 21) der Beklagte verurteilt werden, wenn er den Besitz der herausverlangten Gegenstände auch erst nach der litis contestatio erhalten hat. Das moderne Recht hat den römischrechtlichen Gedanken der Ersetzung des dare oportere durch das condemnari oportere, also der prozessualen Konsumtion des Anspruchs durch die Litiskontestation (S. 370) aufgegeben. Man sieht deshalb heute bei Beurteilung der Begründetheit eines Anspruchs nicht auf den Augenblick der Klagezustellung (welche heute die Wirkungen der Litiskontestation herbeiführt, S. 368), sondern auf den Augenblick der Urteilsfällung; vgl. CPO. § 406.

[7]) Diese aus der Anspruchskonsumtion gezogene Folgerung ist schon im späteren römischen Recht aufgegeben worden. Für bonae fidei iudicia waren beide Rechtsschulen (Sabianer und Prokulianer) darüber einig, daß eine nach der litis contestatio eintretende Beseitigung des Anspruchs die Abweisung der Klage herbeiführen müßte. Die Prokulianer bestritten dies jedoch für stricti iuris iudicia, während die Sabianer den von Justinian aufgenommenen Satz vertraten:

γ. Nach der l. c. gehen auch bisher unvererbliche Rechte und Verpflichtungen auf die Erben über[8]).

δ. Der auf Herausgabe einer Sache Beklagte muß neben dieser auch die nach der l. c. gewonnenen Früchte und sonstigen Vorteile (omnis causa) herausgeben und haftet für Verschlechterungen in erhöhtem Maße (unten § 127 d).

---

omnia iudicia esse absolutoria (I, 4, 12, 2). Dies gilt auch heute.

[8]) Der Regel nach gehen die einer Person zustehenden Rechte bei deren Tode auf ihre Erben (ad heredes) über. Nach rR. sind jedoch (aktiv, auf der Gläubigerseite) unvererblich: die actiones populares (zB. de effusis et deiectis), die Statusklagen (zB. auf Ehetrennung, D. 24, 3, 15, 1) und die actiones vindictam spirantes, d. h. Klagen auf Genugtuung für persönliche Kränkung (quae magis vindictae quam pecuniae habent persecutionem, D. 37, 6, 2, 4), zB. die actio iniuriarum (D. 47, 10, 13, pr.), die querela inofficiosi testamenti (D. 5, 2, 6, 2), die Strafklage des Patrons oder Vaters wegen in ius vocatio (D. 2, 4, 24), die actio calumniae (D. 3, 6, 4).

Der Regel nach gehen ebenso die Ansprüche gegen eine Person nach deren Tode gegen die Erben (in heredes). Jedoch sind (passiv, auf der Schuldnerseite) unvererblich die actiones poenales: in poenam heres non succedit, D. 39, 1, 22. Die nur Schadensersatz erstrebenden actiones rei persecutoriae gehen nach rR. gegen die Erben des Schuldigen nur insoweit, als die Erbmasse durch das Delikt bereichert ist (D. 50, 17, 38: Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset). Nach kanonischem Rechte haften die Erben für Deliktsschulden in vollem Umfange, selbst mit dem eigenen Vermögen: iuxta facultates suas condigne satisfaciant. Dies hat die gemeinrechtliche Praxis jedoch dahin abgeschwächt, daß die Erben für vollen Schadensersatz, aber nur auf Höhe der Erbmasse, „iuxta facultates hereditatis", haften. Für den bei Rechtsgeschäften begangenen dolus des Erblassers haften die Erben dagegen unbeschränkt (D. 44, 7, 12: ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur).

Alle bis zur l. c. nicht oder nur beschränkt vererblichen Ansprüche werden durch die l. c. aktiv und passiv vererblich.

Aus dem ABGB. ist zu erwähnen, daß der Anspruch auf Schmerzensgeld erst vererblich wird, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig (vgl. CPO. § 232) geworden ist (vgl. ABGB. §§ 531 und 918). Über die Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten vgl. ABGB. § 1337.

ε. Der auf Zahlung einer Geldsumme Beklagte hat seit der l. c. Zinsen (Prozeßzinsen) zu zahlen, selbst wenn ihn kein Verschulden (Verzug) trifft (vgl. ABGB. §§ 1333, 1334).

ζ. Die Verjährung wird durch die l. c. unterbrochen und kann während der Dauer der Rechtshängigkeit nicht wieder beginnen. D. 50, 17, 139, pr.: Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio salvae permanent[9]).

η. Hat der Kläger die Wahl zwischen mehreren Gegenständen, so kann er, falls die l. c. betreffs eines derselben erfolgt ist, die getroffene Wahl nicht mehr ändern, selbst wenn ihm nach dem Vertrag ein ius variandi zusteht. Ebenso werden durch die l. c. seitens eines von mehreren Mitgläubigern (Korrealgläubigern) mit dem Schuldner oder seitens des Gläubigers mit einem von mehreren Mitschuldnern (Korrealschuldnern) die anderen Mitgläubiger ausgeschlossen und die übrigen Mitschuldner befreit. Das letztere ist im justinianischen Rechte beseitigt; vgl. unten § 84[4].

ϑ. Die in Streit befangene Sache (res litigiosa) darf nach der l. c. nicht mehr veräußert, der geltend gemachte Anspruch (actio litigiosa) nicht mehr abgetreten werden[10]).

---

[9]) Die Rechtshängigkeit erlischt beim iudicium legitimum (S. 371[3]) seit der lex Iulia in 18 Monaten, beim iudicium imperio continens mit Ablauf der Amtszeit des Magistrats, welcher die actio erteilt hatte. Konstantin bestimmte, daß ein Prozeß nicht länger als 2, Justinian, daß er nicht länger als 3 Jahre dauern solle. Über die Verjährung der Litispendenz vgl. oben S. 332[10].

Nach der CPO. erlischt die einmal durch Klageerhebung eingetretene Rechtshängigkeit nicht durch Zeitablauf, sondern nur durch Klagerücknahme (§ 237), rechtskräftige Entscheidung oder Vergleich.

[10]) Nach einem Edikte von Augustus sollte die während der Rechtshängigkeit erfolgte Veräußerung eines in Streit befangenen italischen Grundstücks seitens des Klägers nichtig und strafbar sein. Später (C. 8, 36, 5) wurde dem Kläger die Veräußerung aller persönlichen und dinglichen rechtshängigen Ansprüche untersagt und durch Justinian auch die durch den besitzenden Beklagten erfolgende Veräußerung einer res litigiosa für nichtig und strafbar erklärt. Zulässig

ι. Der mit einer actio noxalis Belangte kann sich auf eine nach der l. c. eingetretene Unmöglichkeit der noxae datio nicht berufen (unten § 112 c 5).

κ. Endlich wandelt sich mit der l. c. jeder Leistungsanspruch in einen Geldanspruch um. Denn nach klassischem Recht war die Realexekution, d. h. die wirkliche Fortnahme einer geschuldeten Sache und die Erzwingung einer sonstigen Leistung des Beklagten unzulässig, vielmehr war omnis condemnatio pecuniaria (unten § 70 a).

## § 62. Die Wirkungen des Urteils.

### a. Rechtskraft des Urteils.

Formelle Rechtskraft bezeichnet die Tatsache, daß die in einem Rechtsstreit ergangene Entscheidung der Anfechtung in diesem Rechtsstreit entzogen ist, daß gegen die Entscheidung kein „Rechtsmittel" zulässig ist. Materielle Rechtskraft (auctoritas rei iudicatae) bedeutet, daß das (formell) rechtskräftige Urteil das Rechtsverhältnis der Parteien in unantastbarer Weise dauernd regelt (res iudicata pro veritate accipitur, ius facit inter partes).

### b. Wirkungen des rechtskräftigen Urteils.

#### 1. Negative Wirkungen des rechtskräftigen Urteils (exceptio rei iudicatae).

α. Begriff.

Die negative Wirkung des Urteils wird durch den Grundsatz zum Ausdrucke gebracht: Bis de eädem re ne sit actio, d. h. keine der Parteien ist befugt, die rechtskräftig entschiedene Sache zum Gegenstand eines neuen Prozesses zu machen. Das Zuerkannte kann also nicht mehr bestritten,

---

waren gewisse Veräußerungen einer res oder actio litigiosa, zB. im Fall einer Erbteilung, eines Vergleichs, der Bestellung einer Mitgift; vgl. D. 10, 2, 13.

Nach CPO. § 234 ist die Veräußerung der res und der actio litigiosa gültig, aber ohne Einfluß auf den schwebenden Prozeß.

das Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden. Einem derartigen Versuch in einem neuen Prozesse kann der Gegner mit einer exceptio rei iudicatae entgegentreten[1]).

Man spricht heute (nach dem Vorgange von Keller in seinem Buche „Litiskontestation und Urteil", 1827) von einer negativen und einer positiven Funktion der exceptio rei iudicatae. In ihrer negativen Funktion beruht sie auf der dem älteren römischen Recht eigentümlichen (S. 370) Konsumtion des Anspruchs durch die Litiskontestation und macht das Vorhandensein eines früheren Urteils, in ihrer positiven macht sie dessen Inhalt geltend.

Im römischen Recht hatte die exc. r. i. grundsätzlich nur eine negative Funktion. Sie trat, nachdem das Urteil rechtskräftig geworden war, an die Stelle der bereits durch die Litiskontestation entstandenen exceptio rei in iudicium deductae. In der Formel wurde sie daher durch die (auch von Amts wegen einzufügenden, S. 366), Exzeptionsworte zur Berücksichtigung gebracht: si ea res q. d. a. iudicata vel in iudicium deducta non est inter $A^m$ $A^m$ et $N^m$ $N^m$. In einzelnen Fällen wurde jedoch auch schon im römischen Recht die exc. r. i. in ihrer positiven, den Inhalt des Urteils zur Geltung bringenden Funktion anerkannt. War zB. in einem Prozesse der Beklagte B auf die rei vindicatio des Klägers A zur Herausgabe der Sache an A verurteilt worden, und klagte später B seinerseits mit der rei vindicatio auf Rückgabe derselben Sache gegen den früheren Kläger A, so nützte diesem das Vorhandensein eines früheren Urteils nichts; denn entschieden und daher konsumiert war nur die rei vindicatio des A gegen B, nicht die im zweiten Prozesse zu entscheidende des B gegen A. Dennoch gewährte man auch dem A die exceptio rei iudicatae, weil nach dem Inhalte des ersten Urteils das Eigentum der Streitsachen dem A zugesprochen war[2]).

---

[1]) D. 44, 2: De exceptione rei iudicatae. Vgl. CPO. §§ 239, 240.

[2]) Die konsumierende Kraft der litis contestatio ist durch Justinian beseitigt worden. Es gibt seither keine exceptio rei in

β. Voraussetzungen der exceptio rei iudicatae.

Die exceptio rei iudicatae ist, wie Julian sagt, begründet „quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur“ (D. 44, 2, 3). Sie setzt hiernach voraus, daß der neue Prozeß die gleiche Frage zum Gegenstand habe (objektive Identität) und zwischen denselben Personen sich abspiele (subjektive Identität) wie der rechtskräftig entschiedene Vorprozeß.

a. Objektive Identität (eadem res, eadem quaestio).

Eadem res, eadem quaestio ist bei persönlichen Klagen nur vorhanden, wenn derselbe Gegenstand aus demselben Rechtsgrunde (causa) von neuem gefordert wird. Dagegen ist bei dinglichen Klagen die exceptio rei iudicatae schon dann gegeben, wenn nur der Gegenstand beider Prozesse derselbe ist, ohne daß es auf den Erwerbsgrund ankommt[3]). Wenn jedoch im ersten Prozesse causā expressā geklagt war, d. h. unter Angabe eines besonderen Erwerbsgrundes, oder wenn der neue Prozeß auf einen erst nach Rechtskraft des ersten Urteils eingetretenen Erwerbsgrund (causa superveniens) gestützt wird, zB. wenn der früher mit der Vindikation abgewiesene Kläger später das Eigentum erwarb (D. 44, 2, 11, 4), oder wenn der frühere

---

iudicium deductae (S. 371) mehr; an ihre Stelle ist die exceptio litis pendentis (S. 371) getreten. Streitig war für das Gemeine Recht, ob mit der Beseitigung der Konsumtion durch die Litiskontestation auch die konsumierende Wirkung des Urteils fortgefallen ist, d. h., ob heute die exceptio rei iudicatae überhaupt noch eine negative Funktion hat. Für die CPO. ist dies jedenfalls zu verneinen.

[3]) D. 44, 2, 14, 2: Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitiatur: actum cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.

Eigentumsprozeß abgewiesen war, weil der Beklagte nicht besaß und der Beklagte später in den Besitz kommt (D. 44, 2, 17 und 18), so kann aus dem früheren Prozesse keine exceptio r. i. gegen den späteren, auf einen anderen als den früheren oder auf einen neuen Erwerbsgrund gestützten Prozeß hergeleitet werden[4]).

---

[4]) Bezüglich der Frage, in welchem Umfange res iudicata „pro veritate accipitur" (D. 1, 5, 25), „ius facit", herrschte im Gemeinen Recht ein berühmter Streit. Es war nämlich streitig, ob bloß die Entscheidung über den Klageantrag an der Rechtskraft teilnähme oder auch die Entscheidungen in Rechtskraft übergingen, welche der Richter mittelbar („inzidenter") treffen muß, um zu einer Entscheidung über den Klageantrag zu gelangen. Klagt zB. A gegen B auf Zahlung von Zinsen für ein ihm angeblich gewährtes zinsbares Darlehen, und bestreitet B den Empfang des Darlehns, so muß der Richter, um zur Entscheidung über den allein im Prozesse befangenen Zinsanspruch zu gelangen, feststellen, ob A dem B wirklich ein zinsbares Darlehen gegeben hat. Streitig war nun, ob nur die Entscheidung über die Zinsen oder auch diese Vorentscheidung über die Hingabe des Kapitals in Rechtskraft übergehe, ob also A, wenn er in dem ersten Prozesse gesiegt hätte, nunmehr nach Fälligkeit des Darlehns dieses mit einer actio iudicati einklagen könnte, ohne daß B noch weiter behaupten könnte, er habe das Darlehen nicht empfangen; und umgekehrt, ob B, wenn A trotz Abweisung des ersten Prozesses (infolge der Feststellung, daß er dem B ein Darlehen nicht gegeben habe) auf Rückzahlung des Darlehns klagen würde, sich einfach auf das erste Urteil berufen könnte, in welchem bereits die Nichthingabe festgestellt sei.

Savigny vertrat die Ansicht, daß auch die „Urteilselemente", die „objektiven Entscheidungsgründe", nicht nur die Entscheidung über den Klageantrag an der Rechtskraft teilnähmen. Ihm folgte die neuere gemeinrechtliche Praxis. Dagegen bestimmt CPO. § 411, daß Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig sind, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch, oder über ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis oder Recht entschieden ist, hinsichtlich dessen die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens begehrt wurde. Die Entscheidung über Einreden nimmt somit an der Rechtskraft grundsätzlich nur teil, wenn sie in die Form einer Widerklage gekleidet sind. Nur bezüglich der vom Beklagten zur Kompensation geltend gemachten Gegenforderung ist nach CPO. § 411 Abs. 2 die Entscheidung über den Bestand oder Nichtbestand derselben bis zur Höhe des Betrages, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig.

b. Subjektive Identität (eaedem personae).

Der Grundsatz, daß das rechtskräftige Urteil nur unter den Parteien wirkt, nur „ius facit inter partes", ist im rR. in einzelnen Fällen durchbrochen worden.

1) Das Urteil wirkt für und gegen die Universalnachfolger (Erben) sowie die nach der Rechtshängigkeit (wenn auch noch vor dem Urteil, D. 44, 2, 11, 10) eingetretenen Sondernachfolger einer Partei (D. 44, 2, 28).

2) Das seitens des Miteigentümers eines zu einer Grundgerechtigkeit berechtigten Grundstücks erstrittene Urteil wirkt zugunsten der übrigen Miteigentümer (nach manchen auch gegen sie; D. 8, 5, 4, 3).

3) Nach der herrschenden Meinung kann sich jeder Korrealschuldner auf das von einem anderen Korrealschuldner erstrittene freisprechende Urteil berufen (vgl. dagegen ABGB. §§ 891, 894).

4) Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer können sich darauf berufen, daß das Erbrecht des von ihnen in Anspruch genommenen Erben in dessen Prozesse gegenüber einem andern Erbschaftsprätendenten rechtskräftig festgestellt ist (D. 30, 50, 1); insbesondere gilt das zwischen dem Intestat- und dem Testamentserben ergangene Urteil über die Rechtsbeständigkeit des Testaments auch für und gegen Legatare und Erbschaftsgläubiger.

5) Das in Statusprozessen ergehende Urteil wirkt — außer wenn es gegen einen contumax ergangen ist — für und gegen alle, so insbesondere das im Prozeß eines Kindes mit dem angeblichen Erzeuger gefällte Urteil über Ehelichkeit oder Unehelichkeit, das zwischen Eheleuten ergehende Urteil über die Rechtsbeständigkeit ihrer Ehe, das zwischen einer Person und dem das Patronat Beanspruchenden ergehende Urteil über die Stellung jener Person als eines Freien oder eines Freigelassenen (D. 1, 5, 25). Vorausgesetzt ist hierbei jedoch, daß bei dem Prozesse der Hauptbeteiligte („iustus contradictor", Vater, Ehemann, Patron, D. 40, 16, 3) Partei war[5]).

[5]) Auch nach österr. Rechte wirkt das Urteil zuweilen über die Prozeßparteien hinaus und zwar teils nur für und gegen bestimmte

6) Die Zustimmung zur Prozeßführung durch andere bindet auch den Zustimmenden an das ergangene Urteil (D. 42, 1, 63).

2. Positive Wirkungen des rechtskräftigen Urteils.

*α.* In seltenen Fällen (Teilungs-, Personenenstandsklagen) werden durch das Urteil Rechte begründet (konstitutive Wirkung des Urteils). In der Regel hat das Urteil jedoch nur die Bedeutung, den vorhandenen Rechtszustand klarzustellen (deklaratorische Wirkung des Urteils), in der Art, daß der Inhalt des Urteils für die Rechtsverhältnisse der Parteien dauernd maßgebend bleibt.

*β.* Lautet das Erkenntnis auf Verurteilung des Beklagten zu einer Leistung, so entsteht dadurch für den Kläger ein unantastbares[6]) Recht, Befriedigung seines Anspruchs zu verlangen und dieselbe, falls der Beklagte sie nicht leistet, im Wege der Zwangsvollstreckung herbeizuführen[7]).

---

dritte (CPO. §§ 20: Nebenintervenienten, 568: Aftermieter, vgl. auch EO. §§ 213, 310; AGG. § 61: Urteil auf Grund angemerkter Löschungsklage; KO. §§ 136, 242); teils für und gegen alle (Urteile in Ehe- und Personenstandssachen).

[6]) Nach rR. waren Vergleiche gegen rechtskräftige Urteile unzulässig (D. 2, 15, 7, pr. und 11); man half sich so, daß man die Urteilsschuld durch Akzeptilation (unten § 80 a) aufhob und dann den Vergleich schloß. Nach Gemeinem Recht war die Zulässigkeit von Vergleichen gegen rechtskräftige Urteile bestritten; man leugnete sie hauptsächlich deshalb, weil keine Ungewißheit vorliege, ohne solche aber ein Vergleich undenkbar sei. Nach ABGB. ist ein Vergleich gegen ein rechtskräftiges Urteil nur möglich, wenn es den Parteien noch nicht bekannt war; war es einem Teile bekannt so ist der Vergleich nichtig (vgl. ABGB. §§ 876, 1380, 1381, 1387 und Krainz, System § 161).

[7]) Der aus dem Urteil entstehende Anspruch (actio iudicati) beruhte nach vorjustinianischer, den Prozeßbeginn als Novation (novatio necessaria) betrachtender Auffassung (S. 370) lediglich auf dem Urteile, nicht auf dem ursprünglichen, durch die Klage geltend gemachten Rechte. Daher war der Urteilsanspruch vererblich und unterlag der 30jährigen Verjährung, selbst wenn der ursprüngliche Anspruch unvererblich war und einer kürzeren Verjährung unterlag (S. 383). Anderseits waren gegen die actio iudicati keine Einreden aus dem

Ist der Gegenstand des Prozesses lediglich die Feststellung eines Rechtsverhältnisses (S. 343[2]) gewesen, so gilt mit der formellen Rechtskraft des Urteils das Rechtsverhältnis als endgültig festgestellt. Eine weitere Vollstreckung ist nicht möglich. Bei Leistungsklagen auf Abgabe einer Willenserklärung gilt diese mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben. Bei Urteilen, durch welche dem Beklagten ein Unterlassen (non facere) auferlegt wird (zB. Nicht-

---

ursprünglichen Anspruche mehr zulässig. Nur in einzelnen Beziehungen setzten sich selbst nach dem auf dem Novationsstandpunkte stehenden vorjustinianischen Rechte die Eigentümlichkeiten des früheren Anspruchs auf den Urteilsanspruch fort. War nämlich der ursprüngliche Anspruch durch Pfand, Bürgschaft oder ein Vorzugsrecht im Konkurse gesichert, so blieben diese Rechte auch für den Urteilsanspruch bestehen. Ferner konnten gewisse „privilegierte" Einreden: die exceptiones SC. Velleiani und Macedoniani, sowie das beneficium competentiae auch dem Urteilsanspruch entgegengestellt werden. Außer den erwähnten privilegierten konnten auch diejenigen Einwendungen gegen das Urteil geltend gemacht werden, welche erst nach dem Urteil entstanden waren (Zahlung, Vergleich, Aufrechnung), oder bezüglich derer in integrum restitutio erlangt wurde, oder welche sich auf eine angebliche Nichtigkeit des Urteils stützten. Erhob der Verurteilte gegen die vom Kläger persönlich oder durch Anrufen des Magistrats (imploratio officii iudicis) herbeigeführte Vollstreckung eine der bezeichneten Einreden, so kam es auf die actio iudicati hin zu einem neuen iudicium (über die Zulässigkeit der Vollstreckung des ersten Urteils), bei welchem der Beklagte, wenn er der Vollstreckung grundlos widersprochen hat, in duplum verurteilt wurde. Diese poena dupli adversus infitiantem ist in das Gemeine Recht nicht aufgenommen worden.

Nach der EO. erfolgt die Bewilligung der Exekution (Vollstreckung) auf Grund von Urteilen und sonstigen „Exekutionstiteln" (EO. §§ 1 u. 2) durch die Civilgerichte, der Vollzug derselben aber entweder unmittelbar durch die Civilgerichte oder durch vom Gerichte beauftragte Vollstreckungsorgane (EO. § 16).

Eines besonderen gerichtlichen Verfahrens auf Vollstreckbarkeitserklärung bedarf es nur bei der Exekution auf Grund im Auslande errichteter Akte und Urkunden; über Widerspruch des Verpflichteten muß in solchen Fällen mittels Urteiles entschieden werden (EO. §§ 79—85).

Über die Behandlung der Einwendungen des Schuldners gegen den durch Urteil oder durch einen anderen Exekutionstitel festgestellten Anspruch (Oppositionsklage) vgl. EO. § 35.

betreten eines Grundstücks), kann von einer Vollstreckung erst die Rede sein (ist erst ein Zwang möglich), wenn der Beklagte eine dem Urteile zuwiderlaufende Handlung vornimmt. Geht das Urteil dagegen auf eine positive Leistung (facere oder dare), so ist eine Vollstreckung an sich sofort möglich[8]).

γ. Die durch das Urteil festgestellten Ansprüche unterliegen von der Urteilskraft an der dreißigjährigen Verjährung, auch wenn sie bisher in kürzerer Zeit verjährten (S. 328).

---

[8]) Aus Billigkeitsgründen wurde dem Schuldner jedoch nach den 12 Tafeln eine Zahlungsfrist von 30 Tagen (triginta dies iusti sunto) gewährt, welche später auf 2, durch Justinian auf 4 Monate ausgedehnt wurde. Während dieses tempus iudicati ruhte die bisherige Zinspflicht, dagegen waren nach Ablauf der Frist jährlich 12 Prozent der Urteilssumme als „Urteilszinsen" zu zahlen (C. 7, 54, 3).

In der gemeinrechtlichen Praxis wurden diese Bestimmungen über die Zinsen nicht angewendet. An die Stelle der gesetzlichen Zahlungsfristen traten vom Richter nach freiem Ermessen zu bestimmende Fristen, welche entweder gleich in dem Urteil oder in späteren besonderen Zahlungsbefehlen (in den Reichsgesetzen executoriales genannt) angeordnet wurden. Diese Fristen hießen Paritionsfristen.

Der Exekutionstitel wird heute erst vollstreckbar, wenn die Forderung fällig und die in demselben bestimmte Leistungsfrist (Paritionsfrist, CPO. §§ 409, 459, 555) verstrichen ist (EO. § 7 Abs. 2). Ist ein vollstreckbarer Titel vorhanden, so kann auf Grund desselben sofort, und in der Regel auch ohne daß es einer Einvernehmung des Gegners bedarf (Ausnahmen hiervon in EO. §§ 3, 11, 15, 47, 82, 133, Abs. 3, 303, 309, 317), die Vollstreckung vorgenommen werden. — Die EO. unterscheidet zwischen den zur Exekutionsbewilligung (EO. §§ 3 ff.) und den zum Exekutionsvollzuge berufenen Gerichten (Exekutionsgerichten, EO. §§ 16, 17 ff.). Als Exekutionsgerichte schreiten in der Regel die Bezirksgerichte ein (nur wenn landtäfliche, oder in einem Eisenbahn- oder Bergbuche eingetragene Güter oder Rechte das Exekutionsobjekt bilden, die Landes- und Kreisgerichte, EO. § 19).

Als Vollstreckungsorgane fungieren im Auftrag und unter Aufsicht des Exekutionsgerichts die bei demselben allenfalls bestellten Vollstreckungsbeamten, dann Beamte der Gerichtskanzlei und Gerichtsdiener, endlich in wichtigeren oder schwierigeren Fällen Notare (jedoch nur, wenn bei dem betreffenden Gerichte keine besonderen Vollstreckungsbeamten bestellt sind); vgl. EO. § 24.

# Siebenter Abschnitt. Sicherheitsleistung.

## § 63. Die Sicherung der Rechte.

Der Staat begnügt sich nicht damit, dem Berechtigten einen geordneten Weg zur Wiederherstellung seiner verletzten Rechte zu eröffnen, sondern er gewährt ihm auch die Mittel, seine Rechte vorbeugend gegen Verletzungen zu sichern. Aus dem rR.[1]) kommen vornehmlich die folgenden Rechtsbehelfe in Betracht.

---

[1]) Sicherungsmittel des modernen Rechts sind u. a.:

a. Prozessualer Natur:

1. Die Feststellungsklagen (CPO. § 228).

2. Die Arreste und einstweiligen Verfügungen (EO. §§ 378 ff.).

b. Materieller Natur:

1. Die behördliche Mitwirkung bei Vornahme von Rechtsgeschäften (freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 24), insbesondere die Einrichtung öffentlicher Bücher zur Beurteilung wichtiger Rechtsvorgänge (zB. Grundbücher, Handels-, Genossenschafts-, Standesregister).

2. Die Protestationen, S. 267, und der Protest, besonders im Wechselverkehr (WO. Art. 20, 25, 29, 41, 62).

3. Im Grundbuchverkehr: die Vormerkungen zur Sicherung eines Rechts auf Eintragung oder Löschung (protestationes pro conservando iure et loco, ABGB. §§ 438, 439, 445), die Anmerkungen (AGG. § 72) zur Verhinderung der Verfügung durch einen Eingetragenen (protestationes pro conservandis exceptionibus), zB. in Eisenbahnbüchern, Bergbüchern, Handels-Genossenschaftsregistern.

4. Die auch schon dem rR. bekannte Inventarisation, d. h. Anfertigung eines Vermögensverzeichnisses (zB. ABGB. §§ 223 bis 226, 518, 627, 802, 1109, 1178, 1278, KO. §§ 86, 87, 91—95, Abhandlungs-Patent vom 9. August 1854 §§ 92—113).

a. Praetoriae stipulationes oder cautiones sind in Stipulationsform eingekleidete Versprechen, deren Leistung der Magistrat kraft seines imperium der einen Partei zugunsten der anderen in bestimmten, im Edikt aufgeführten Fällen auferlegt[2]). Sie sind daher necessariae im Gegensatze zu den aus freier Übereinkunft hervorgegangenen stipulationes conventionales (D. 2, 8, 7, 1). Ulpian (D. 46, 5, 1) scheidet sie[3]) in:

1. stipulationes iudiciales, welche einem Prozesse seinen Fortgang und Erfolg sichern sollen (Prozeßkautionen), zB. die cautio iudicatum solvi, die cautio pro expensis;

2. stipulationes cautionales, welche einer Partei ein

---

5. Die Rechnungslegung, d. h. der Nachweis des Bestands eines Vermögens zu einem gewissen Zeitpunkt unter Vergleichung mit einem früheren Zeitpunkt und unter Aufklärung der sich hierbei ergebenden Differenzen (ABGB. §§ 150, 238, 837, 1012, 1039, 1198, 1199). Zuweilen genügt die bloße Einreichung eines Rechnungsabschlusses (Bilanz), zB. ABGB. § 1200).

c. Sicherungsmittel gemischter Natur, die sowohl im Prozeß als außerhalb eines solchen vorkommen, sind zB.:

1. Der Erlag des Betrages der Forderung bei Gericht, so zB. zwecks Abwendung der Exekution zur Sicherstellung (EO. § 376 Z. 2) oder um die Sache gegen unberechtigte Eingriffe zu schützen (zB. ABGB. §§ 347, 348, 471, 1135).

2. Die Sicherheitsleistung, so zB. zwecks Ermöglichung oder zur Abwendung der Zwangsvollstreckung (zB. EO. §§ 43, 44, 200 Z. 1 u. 4, 304) oder zwecks Schutzes einer Sache gegen Mißbrauch (zB. ABGB. §§ 341, 520, 834, 890, 1428, vgl. auch CPO. §§ 458, 459).

[2]) Auch hierin zeigte sich wie bei der gesetzlichen (S. 240) und rechtsgeschäftlichen (S. 301) Vertretung und bei der Anschauung von der Vertragsnatur des Prozesses (S. 369[1]), der dem rR. eigentümliche Grundsatz, daß jeder seine Rechte und Pflichten durch seinen Willen selbst schaffen müsse. Während heute der zur Bestellung einer Sicherheit Verpflichtete vom Richter hierzu verurteilt wird, schlug das rR. den Umweg ein, daß der Prätor den Verpflichteten durch Strafen zwang, sich durch Vertrag zu der Sicherstellung zu verpflichten.

[3]) Anders ist die Einteilung des Pomponius in D. 45, 1, 5, pr., übergegangen in I. 3, 18 (De divisione stipulationum). Er unterscheidet stipulationes praetoriae (vom Magistrat), iudiciales (vom iudex), communes (vom Magistrat oder vom iudex) auferlegte Sicherstellungen.

Klagerecht erst verschaffen sollen: quae actionis instar habent, zB. die cautio damni infecti für den durch die fehlerhafte Beschaffenheit eines Nachbargrundstücks Bedrohten (unten § 119 b 2). Diese Stipulationen dienen sonach zur Ergänzung des Aktionensystems (S. 344);

3. stipulationes communes, welche beide Zwecke vereinigen, wie die vadimonia im Prozesse, bei welchen der Beklagte, welcher der in ius vocatio nicht sogleich folgen will, durch Bürgen (vades) für sein Erscheinen im Termine (iudicio sisti) Sicherheit leistet und zugleich für den Fall seines Ausbleibens eine Geldsumme verspricht.

Die Bestellung der Sicherheit erfolgt regelmäßig durch Bürgen (satisdatio, cautio fideiussoria, D. 46, 5, 1, 5), und nur im Notfalle durch Pfänder (cautio pigneraticia). In seltenen Fällen (so seitens des Fiskus und der Stadtgemeinden, D. 36, 1, 18 und 6, 1: „fiscus semper solvendo est") genügt einfaches Versprechen in Stipulationsform (nuda promissio, heute Verbalkaution genannt, im Gegensatze zu der Realkaution durch Bürgen oder Pfänder).[4]) Grundbesitzer (D. 2, 8, 15) und illustres (C. 12, 1, 17) brauchen bloß durch eidliches Versprechen (cautio iuratoria) Sicherheit zu leisten, ebenso

---

[4]) Die Art der Bestellung einer Sicherheit wird heute für das materielle Recht durch ABGB. §§ 1343, 1373, 1374, für das Prozeßrecht durch CPO. § 56 bestimmt. Prozessuale Sicherheiten werden nach CPO. § 56 regelmäßig durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, materiellrechtliche daneben auch durch Verpfändung von Gegenständen (Handpfand oder Hypothek) bestellt und nur im Notfall durch Stellung tauglicher Bürgen, während nach rR. die Sicherheitsleistung durch Bürgen, die satisdatio, wegen der geringen Sicherheit, welche wegen Zulassung der Generalhypotheken ein Pfandrecht gewährte — unten § 138[1] —, die bevorzugte Form der Sicherheitsbestellung war.

Nicht mehr als Sicherheitsbestellung bezeichnet man heute die Erleichterung der Beitreibung einer Forderung durch einen (abstrakten) Anerkennungsvertrag oder durch Wechselhingabe, während in Rom die Tatsache, daß ein derartiger, in die Form der Stipulation gekleideter, abstrakter Vertrag die Forderung sicherte, in der Bezeichnung der Stipulation und später auch der darüber errichteten Urkunde als „cautio" ihren Ausdruck fand.

Personen, die eine satisdatio nicht zu gewähren vermögen. Handelt es sich um Sicherstellung einer beweglichen Sache, so kann die Hinterlegung bei einem Dritten (sequestratio) angeordnet werden (D. 2, 8, 7, 2).[5])

b. Missio in possessionem (D. 42, 4: Quibus ex causis in possessionem eatur)

ist eine obrigkeitliche Verfügung, durch welche jemand auf seinen Antrag ermächtigt wird, bestimmte Sachen (missio in rem) oder ein ganzes Vermögen (missio in bona) in Besitz zu nehmen. Der Zweck der Besitzeinweisung ist, dem Eingewiesenen eine Sicherheit für die Erfüllung eines ihm zustehenden Anspruchs zu verschaffen. Hierher gehört:

1. die missio damni infecti nomine ex primo decreto, wegen verweigerter cautio damni infecti (unten § 119 b 2);

2. die missio ventris nomine der Mutter eines noch ungeborenen Erben (postumus, S. 163);

3. die missio legatorum servandorum causa (D. 36, 4, 5, pr.) in den Nachlaß für den kautionsberechtigten Legatar, dem die Sicherheit für gehörige spätere Erfüllung eines bedingten oder befristeten Vermächtnisses verweigert wird, sowie die missio Antoniniana in das eigene Vermögen des Erben (D. 36, 4, 5, 16) zugunsten eines Legatars, welchem der Belastete trotz gerichtlicher Aufforderung die Auszahlung eines fälligen Legats seit 6 Monaten verweigert;

4. die missio in bona rei servandae causa im Konkurse.

In diesen vier Fällen erhalten die Eingewiesenen nur die Innehabung (custodia) des ihnen überwiesenen Vermögens. Gegen drohende Störungen sind sie durch ein prohibitorisches interdictum ne vis fiat ei, qui in posses-

---

[5]) Mit dieser Hinterlegung zwecks Sicherstellung (Sequestration) ist die Hinterlegung zwecks Erfüllung (Deposition, ABGB. § 1425, unten § 78) und die Hinterlegung auf Grund eines Verwahrungsvertrags (Depositum, ABGB. §§ 957 ff., unten § 100) nicht zu verwechseln.

sionem missus erit (D. 43, 4), gegen begangene durch Gewährung einer actio in factum auf Schadensersatz geschützt. Ihre Rechte an den überwiesenen Gegenständen sind nach den einzelnen Fällen verschieden. Das Eigentum verbleibt aber in allen Fällen zunächst dem bisherigen Eigentümer. Zuweilen erfolgt dagegen eine weitere Einweisung zum Zwecke der Übereignung, zB. bei der missio damni infecti ex secundo decreto (unten § 119 b 2).[6])

c. In integrum restitutio (D. 4, 1).

Gleich den praetoriae stipulationes und den missiones ist die in integrum restitutio ein auf dem imperium eines Magistrats beruhender Rechtsbehelf, durch den eine Partei vor einem ungerechtfertigten Vermögensverluste bewahrt werden soll. Während es sich jedoch bei den beiden anderen Rechtsbehelfen um die Abwendung eines drohenden Rechtsverlusts handelt, bezweckt die i. i. r. („Wiedereinsetzung in den vorigen Stand") die Wiederbeseitigung einer schon eingetretenen, durch das ius strictum herbeigeführten, der aequitas aber widersprechenden Vermögensverschiebung[7]).

1. Voraussetzungen der in integrum restitutio sind:

*a.* Laesio, d. h. ein rechtlicher Nachteil, gegen welchen die ordentlichen Rechtsmittel keine Abhilfe gewähren. Der Nachteil muß jedoch ein erheblicher sein (minima non curat praetor, vgl. D. 4, 1, 4) und die Wiedereinsetzung ist überhaupt versagt: 1) gegen den Schaden, den man sich durch Arglist (dolus) zugezogen hat (D. 4, 6, 26, 6); 2) gegen den Verlust von actiones poenales; 3) gegenüber der 30jährigen und längeren Verjährung; 4) den Abkömmlingen gegenüber ihren Vorfahren (C. 2, 41, 2).

---

[6]) Die meisten dieser Fälle berechtigen heute nur zu einer Sicherung oder bilden die Grundlage eines Verfahrens auf Erlaß eines Arrestbefehls oder einer einstweiligen Verfügung.

[7]) D. 4, 1, 7, pr.: Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.

β. Eine iusta causa restitutionis. Restitutionsgründe sind:

a. Minderjährigkeit. D. 4, 4, 1, 1. Praetor edicit: Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam (S. 242). Die hiernach zulässige Restitution Minderjähriger gegen Rechtshandlungen oder Unterlassungen findet jedoch nach späterem Rechte nicht statt, wenn der Minderjährige: 1) sich für volljährig ausgegeben hat (malitia supplet aetatem), 2) die Volljährigkeitserklärung (venia aetatis, S. 244) erlangt hat; 3) das Geschäft eidlich bestärkt hat[8]); 4) mit einem anderen Minderjährigen kontrahiert hat, sofern dieser durch die Restitution Schaden erleiden würde (in pari causa possessor potior haberi debet, D. 50, 17, 128). Die Restitution ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Vormund zu dem Geschäfte seine Genehmigung erteilt oder selbständig das Geschäft vorgenommen hat. In der Kaiserzeit werden die Gemeinden (durch das kanonische Recht die Kirchen, durch die Praxis alle juristischen Personen) den Minderjährigen hinsichtlich der Restitution gleichgestellt.

b. Capitis diminutio minima (S. 184) zieht den Untergang der Schulden nach sich. Der Prätor gibt den Gläubigern jedoch die Klagen, welche ihnen bisher zugestanden hatten, als actiones ficticiae (perinde quasi id factum non sit, D. 4, 5, 2, 1); vgl. S. 347.

c. Metus, dolus und error probabilis (ent-

---

[8]) Nach der von Alexander Severus herrührenden l. 1 C. 2, 27 macht der Eid die Rechtsgeschäfte Minderjähriger, sofern sie bereits geschlechtsreif (puberes, 14, Mädchen 12 Jahre alt) sind, gültig. Die Glossatoren stritten darüber, ob durch eidliche Bestärkung nur gültige, aber der Anfechtung durch i. i. r. ausgesetzte Rechtsgeschäfte der puberes unanfechtbar würden (Bulgarus), oder ob sich das erwähnte Gesetz auch auf nichtige Geschäfte (z.B. Grundstücksveräußerungen) der puberes bezöge (Martinus). Durch ein Gesetz Friedrichs I., welches als Authentica „Sacramenta puberum" der erwähnten Coderstelle zugeschrieben wurde (S. 139[1]), wurden alle Geschäfte der puberes, mit Ausnahme der erzwungenen, im Fall eidlicher Bestärkung für unanfechtbar erklärt.

schuldbarer Irrtum, also in der Regel nur error facti, S. 257). Die Restitution wegen Zwanges bleibt seit Einführung der actio quod metus causa (S. 266) nur in einzelnen Fällen (erzwungener Erbschaftsantritt, D. 4, 2, 21, 5) praktisch. Ebenso wird die Restitution wegen Arglist durch die vom Prätor Aquilius Gallus 66 v. Chr. eingeführte actio doli in der Regel entbehrlich (S. 263).

d. Absentia des Restitutionssuchers oder seines Gegners ist eine iusta causa restitutionis in bestimmten, im Edikte verzeichneten Fällen (Abwesenheit in Staatsgeschäften oder infolge von Freiheitsentziehung). Aber auch darüber hinaus gewährt der Prätor in allen Fällen entschuldbarer Hinderung die Wiedereinsetzung auf Grund einer clausula generalis: „item si qua alia causa mihi iusta esse videbitur, in integrum restituam“ [9]).

2. Das Verfahren geht extra ordinem im Wege der praetoria cognitio, also ohne Trennung in ius und iudicium vor sich. Die Restitution erfolgt nach Sachuntersuchung (causā cognitā); nur wegen capitis diminutio minima wird ohne weiteres restituiert. Handelt es sich um restitutio in integrum gegen den Verlust von actiones, so findet ein doppeltes Verfahren statt, zunächst das Restitutionsverfahren (heute iudicium rescindens genannt), welches mit der Wiederherstellung des verlorenen Klagerechts durch Dekret des Prätors endet, und daran anschließend das iudicium rescissorium, in welchem der wiederhergestellte Anspruch (actio rescissoria s. restitutoria) geltend gemacht wird. Ist zB. ein Darlehnsanspruch durch Verjährung verloren, so beseitigt das iudicium rescindens, sofern eine iusta causa vorliegt, zunächst die Einrede der Verjährung. Alsdann wird im

[9]) Im Gem. Recht war die Wiedereinsetzung wegen capitis diminutio minima fortgefallen, da diese die Vernichtung der Schulden nicht mehr nach sich zog (S. 184). Das ABGB. hat diesen Rechtsbehelf ausdrücklich ausgeschlossen (§ 1450). Dagegen kennt das Prozeßrecht die Wiedereinsetzung gegen versäumte Prozeßhandlungen (CPO. §§ 146 bis 154, 555, 556, 575, StPO. § 364).

ordentlichen Verfahren mit der wiederhergestellten condictio mutui geklagt.

Die Wiedereinsetzung mußte ursprünglich binnen der Frist von einem Jahr (annus utilis) nachgesucht werden. Justinian bestimmt daß die Wiedereinsetzung binnen eines quadriennium continuum seit Fortfall des Wiedereinsetzungsgrundes (bei Gemeinden seit der Verletzung) beantragt und durchgeführt sein muß. Gegen den Ablauf dieser Frist ist jedoch, iusta causa vorausgesetzt, wieder Restitution zulässig.

Wiedereinsetzungskläger ist der Verletzte oder sein Rechtsnachfolger; Beklagter ist in der Regel der Gegenkontrahent (restitutio in personam), zuweilen (D. 4, 4, 13, 1) auch der Rechtsnachfolger des letzteren (restitutio in rem).

# Zweites Buch.

# Recht der Schuldverhältnisse.

## Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

### § 64. Begriff und Entstehung der Schuldverhältnisse[1]).

#### a. Begriff des Schuldverhältnisses.

Schuldverhältnis, obligatio[2]) ist eine rechtlich geordnete Beziehung (also ein Rechtsverhältnis, S. 33) zwischen mehreren Personen, kraft deren die eine berechtigt

---

[1]) Das ABGB. behandelt das Recht der Schuldverhältnisse in seinem zweiten Teile „Von dem Sachenrechte" und zwar in der zweiten Abteilung desselben: „Von den persönlichen Sachenrechten". Das ABGB. faßt nämlich mit der gemeinrechtlichen Doktrin (oben S. 203[2]) die Leistung als Sache auf; vgl. ABGB. § 285.

[2]) Gleich dem Ausdruck actio (S. 345[2]) wird auch das Wort obligatio in den Quellen für ganz verschiedenartige Begriffe verwendet. Es bedeutet:

a. das Schuldverhältnis, vgl. die S. 394 f. wiedergegebenen Stellen;

b. jede der beiden Seiten dieses Verhältnisses, also sowohl das Recht des Gläubigers (in seiner gerichtlichen Betätigung Anspruch, actio, als Vermögensteil nomen genannt), als auch die Verpflichtung des Schuldners (Schuld, aes alienum); vgl. D. 45, 1, 126, 2 und anderseits D. 12, 1, 36;

c. den Entstehungsgrund des Schuldverhältnisses (zB. in der Verbindung verborum oder litterarum obligatio, unten § 71);

ist, von der anderen eine Leistung zu fordern. Nach dieser Begriffsbestimmung sind Begriffsmerkmale des Schuldverhältnisses:

1. Eine Beziehung mehrerer Personen zueinander, nämlich (mindestens, unten § 84) eines Gläubigers (creditor, D. 50, 16, 10—12) zu einem Schuldner (debitor).[3]) Niemand kann daher sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein; beerbt also zB. der Schuldner den Gläubiger oder umgekehrt, so fällt das Schuldverhältnis in sich zusammen (confusio), ABGB. § 1445.[4])

2. Eine rechtlich geordnete Beziehung zwischen mehreren Personen. Kein Schuldverhältnis wird durch Beziehungen bloß gesellschaftlicher oder sittlicher Natur begründet, also zB. nicht durch die Aufforderung einer Dame zum Tanz, durch die Annahme einer Dinereinladung. Dagegen liegt ein Schuldverhältnis auch dann vor, wenn es nur gewisse, nicht alle Wirkungen eines Rechtsverhältnisses hervorbringt; daher sind auch die nicht durch Klage erzwingbaren sog. Naturalobligationen (unten § 70 b 2) Schuldverhältnisse.

---

d. den Vorgang der Begründung des Schuldverhältnisses, vgl. zB. D. 27, 3, 1, 21;

e. die Schuldurkunde (cautio, chirographum, instrumentum).

Pignoris obligatio bezeichnet in ähnlicher Weise die Verpfändung und das hierdurch entstehende Verhältnis (unten § 138 a 1).

[3]) Der Ausdruck reus bezeichnet im rR. anfänglich sowohl den Gläubiger (reus stipulandi, D. 45, 2, 1) als auch den Schuldner (reus promittendi), später nur diesen, insbesondere sofern er schon verklagt ist, also reus = Beklagter (S. 343).

[4]) Ausnahmen finden sich im modernen Recht bei intabulierten Rechten und Verbindlichkeiten und bei Forderungen aus Order- und Inhaberpapieren, insofern, als sie an den Aussteller zurückgelangen können, ohne daß das Schuldverhältnis untergeht (ABGB. § 1446 und WO. Art. 6, 10 und unten § 109).

Mit der begrifflichen Notwendigkeit des Vorhandenseins mindestens zweier Beteiligter nicht zu verwechseln ist die Frage, ob zur Begründung eines Schuldverhältnisses Gläubiger und Schuldner zusammenwirken müssen (obligatorischer Vertrag) oder ob ein Schuldverhältnis durch die Handlung des Schuldners allein entstehen kann (Verpflichtungskraft einseitiger Erklärung, unten § 71 a).

3. Ein Rechtsverhältnis zwischen mehreren bestimmten Personen. Das Forderungsrecht richtet sich gegen einen von vornherein bestimmten Schuldner; es ist also ein persönliches und ein relatives Recht (S. 35). Das Sachenrecht stellt dagegen eine unmittelbare Beziehung einer Person nur zu einem Gegenstande her, richtet sich also einerseits nicht von vornherein gegen eine bestimmte Person, sondern erst mittelbar gegen denjenigen, der das Recht stört, anderseits aber auch gegen jeden, der dies tut; es ist also ein dingliches und ein absolutes Recht[5]).

4. Das Schuldverhältnis begründet ein Forderungsrecht und eine diesem entsprechende Leistungspflicht. Hierbei ist eine doppelte Auffassung möglich: entweder es wird mehr die persönliche oder mehr die gegenständliche Seite des Schuldverhältnisses betont. Es wird entweder darauf Wert gelegt, daß gerade ein bestimmter Schuldner einem bestimmten Gläubiger die Leistung macht, oder es wird mehr darauf gesehen, ob der durch das Schuldverhältnis bezweckte Güteraustausch verwirklicht wird, gleichgültig ob zwischen den ursprünglich Beteiligten des Schuldverhältnisses oder zwischen anderen. Die erstere Auffassung liegt dem römischen, die zweite dem modernen Rechte zugrunde. Nach rR. war das Schuldverhältnis ein iuris vinculum[6]), ein zwischen

[5]) D. 44, 7, 3, pr. (Paulus): Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. Das Forderungsrecht richtet sich nach dem mit dem rR. übereinstimmenden ABGB. immer nur gegen einen bestimmten Schuldner. Dieser Schuldner braucht jedoch nicht individuell bestimmt zu sein; die Schuld kann auch an einen bestimmten Zustand geknüpft erscheinen, so daß jeder, der sich in diesem Zustande befindet, und nur dieser als Schuldner in Betracht kommt. So ist bei einer Reallast oder einem intabulierten Bestandrecht Schuldner der jeweilige Besitzer des Grundstückes (ABGB. §§ 530 und 1095).

Die Ausdrucksweise des ABGB., das dem Gläubiger in einem solchen Falle ein „dingliches" Recht zuschreibt, ist nicht zutreffend; denn der Gläubiger tritt auch hier nicht in ein unmittelbares Verhältnis zur Sache.

[6]) I. 3, 13, pr.: obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.

bestimmten Personen unlösbar geknüpftes Band. Daraus erklärt sich: die Unzulässigkeit der unmittelbaren Stellvertretung (S. 300), der Zession (unten § 81 a) und der Schuldübernahme (unten § 83 b), der Schuldverträge zwischen nicht von vornherein bestimmten Personen (Auslobung, unten § 97, Order- und Inhaberpapiere, unten § 109). In allen diesen Beziehungen steht das moderne Recht, wie gegebenen Orts darzulegen ist, auf gegensätzlichen Standpunkten.

### b. Entstehung der Schuldverhältnisse.

Die Römer schieden ursprünglich die Schuldverhältnisse in solche, die aus klagbaren Verträgen (contractus, unten § 71 b), also besonders den den Güterverkehr vermittelnden Geschäften, und solche, die aus schuldhaften, mit Privatstrafe belegbaren Handlungen (delicta) entstehen[7]). Diese Einteilung war jedoch nicht erschöpfend, und schon Gajus ergänzte sie (D. 44, 7, 1, pr.) dahin: Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris und schied (D. 44, 7, 5) diese letztere Gattung wieder in obligationes quasi ex contractu und quasi ex delicto. I. 3, 13, 2 gibt dementsprechend eine Vierteilung der Schuldverhältnisse nach ihrem Entstehungsgrund an: „aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio". Dem Begriffe der Quasikontrakte[8]) unter-

[7]) G. 3, 88: Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

[8]) Vgl. I. 3, 27, pr.: Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de his obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

Zu den Quasikontrakten werden in I. 3, 27, 2 ff. gerechnet:

a. die nach Art eines Auftrags zu behandelnde negotiorum gestio;

b. die ebenfalls dem Mandat ähnliche Vormundschaft;

c. die der societas gleichgeachtete zufällige Gemeinschaft (communio incidens) unter Miterben und Miteigentümern;

stellte man Schuldverhältnisse, die, ohne aus Schuldverträgen herzurühren, eine rechtsähnliche (analoge) Anwendung der für diese maßgebenden Rechtssätze zu verlangen schienen. Unter die Quasidelikte[9]) rechnete man solche Tatbestände, die nicht eigentlich („non proprie") auf einer schuldhaften Handlung beruhen, dennoch aber gewisse Folgen gleich den eigentlichen Delikten nach sich ziehen[10]).

## § 65. Der Gegenstand der Schuldverhältnisse.

### a. Allgemeines.

Bei der Frage nach dem Gegenstand eines Schuldverhältnisses handelt es sich darum, was kraft des Schuldverhältnisses gefordert werden kann und geleistet werden muß, während die Frage nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses (unten §§ 66 ff.) dahin geht, wie (in welcher Art, zu welcher Zeit, an welchem Orte) diese Leistung zu bewirken ist.

---

d. das Verhältnis zwischen dem mit einem Vermächtnisse belasteten Erben und dem Legatar;

e. das darlehnsähnliche Verhältnis zwischen dem Empfänger einer Nichtschuld und dem Zahlenden.

Über die Auffassung der Litiskontestation als eines kontraktähnlichen Verhältnisses (iudicio contrahi) im vorjustinianischen Rechte vgl. oben S. 369.

[9]) Über die Quasidelikte vgl. unten § 112 c.

[10]) Diese auch das ältere Gemeine Recht beherrschende Einteilung war weder erschöpfend, da insbesondere manche der unmittelbar auf Gesetz beruhenden Schuldverhältnisse keiner der vier Gattungen unterstellt werden konnten, noch gerechtfertigt, da weder die Quasikontrakte noch die Quasidelikte einheitlichen Regeln unterworfen waren. Das ABGB. hat diese Einteilung aufgegeben; es nennt (§ 859) als Entstehungsgründe der Schuldverhältnisse: Vertrag, Beschädigung und Gesetz.

Unter den Schuldverhältnissen, die unmittelbar auf dem Gesetze beruhen, sind solche zu verstehen, die aus einem Ereignisse (zB. das Finden einer fremden Sache verpflichtet zur Rückstellung) oder aus einem Zustande (zB. das Verwandtschaftsverhältnis verpflichtet unter Umständen zur Alimentation) entspringen, die das Gesetz mit dieser Rechtsfolge ausgestattet hat (s. zB. ABGB. §§ 91, 141, 154, 166).

In D. 44, 7, 3, pr. (S. 394[5]) bezeichnet Paulus als Gegenstand der Obligation ein dare, facere oder praestare. Dare bedeutete vorzugsweise das Verschaffen des (civilen, unten § 118 b 1) Eigentums oder einer Servitut nach ius civile, facere jede andere Tätigkeit, zB. auch Verschaffen des bonitarischen Eigentums oder des Besitzes. Die Bedeutung von praestare ist sehr streitig. Der Ausdruck wurde anfänglich besonders für Leistung von Diensten (zB. der operae des Freigelassenen, D. 38, 1, 37, pr. u. 38, pr., S. 172), später für Nebenleistungen (Zinsen, Interesse) verwendet[1]).

Einer besonderen Behandlung bedürfen die Gegensätze: Spezies- und Genusschulden (b) einheitliche und Wahlobligationen (c), teilbare und unteilbare Schuldverhältnisse (d).

### b. Species und genus.

1. Eine Sache kann in den Rechtsverkehr in doppelter Weise eintreten und demnach auch Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein: entweder als species, wenn die Sache individuell bestimmt ist (A kauft von B dessen Jagdhund Nero) oder als genus, wenn sie nur nach Merkmalen

---

[1]) Heute (ABGB. § 861) unterscheidet man Schuldverhältnisse auf ein Tun (Geben und reines Tun) — positive Leistung — und auf ein Unterlassen (Gestatten und bloßes Unterlassen) — negative Leistung — was zB. beim Besitzerwerb an Rechten (ABGB. § 313), bei der Frage der Teilbarkeit der Leistung (unten § 65 d) und bei der Zwangsvollstreckung von Bedeutung ist.

Nach rR. konnte Gegenstand eines Schuldverhältnisses nur eine vermögenswerte Leistung sein (D. 40, 7, 9, 2: ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt). Dies Erfordernis wird vom modernen Rechte nicht mehr aufgestellt; es genügt ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers (ABGB. § 285: „Alles, was . . . . zum Gebrauche der Menschen dient"). Bei bonae fidei contractus nahm auch schon das rR. einen etwas freieren Standpunkt ein (D. 17, 1, 54, pr.: placuit affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam; D. 18, 7, 7). Vgl. unten § 71 c 4. Doch ist es auch heute nicht ohne Bedeutung, ob die Leistung einen Vermögenswert besitzt; denn nur in diesem Falle kann bei schuldbarer Nichterfüllung auf den Geldwert verurteilt werden (Krainz, System § 294).

bestimmt ist, die sich bei einer größeren Zahl, einer ganzen „Gattung" von Sachen vorfinden (A bestellt beim Hundezüchter B einen deutschen Vorstehhund).[2])

2. Die rechtliche Bedeutung der Unterscheidung zeigt sich nach zwei Richtungen:

*α.* Bei der Speziesschuld ist der Leistungsgegenstand von vornherein genau bestimmt („individualisiert"), bei der Genusschuld wird er erst durch die Ausscheidung aus der Gattung bestimmt. Die Ausscheidung hat grundsätzlich der Schuldner vorzunehmen, der hierbei in seiner Wahl garnicht beschränkt ist (ebenso ABGB. § 906), so, daß er sich auch durch das schlechteste (fehlerfreie) Stück der Gattung befreien kann, D. 46, 3, 72, 5, während er nach HGB. Art. 335 und dem deutschen BGB. § 243 eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten hat. Mit der Ausscheidung wandelt sich die Genus- in eine Speziesschuld um[3]).

*β.* Bei einer Speziesschuld ist der Leistungsgegenstand von vornherein bestimmt, mit seinem Untergange wird die

---

[2]) Je zahlreicher die Merkmale sind, desto mehr verengert sich die Gattung und es kann schließlich fraglich werden, ob es sich überhaupt noch um eine Genusschuld oder um eine Speziesschuld mit Wahlrecht (S. 400) handelt (zB. A bestellt beim Pferdehändler B zum Preise von 1000 K.: ein Reitpferd, ein militärfrommes Reitpferd, eine von B gezüchtete und von ihm zugerittene vierjährige braune Stute), was bei der verschiedenen rechtlichen Behandlung der Genus- und der Wahlschulden (S. 401) von großer praktischer Bedeutung ist. Besonders streitig unter diesen sog. „gemischt-generischen Obligationen" war von jeher der Fall, daß der Leistungsgegenstand aus einer bestimmten Menge zu entnehmen ist (130 Liter eines Stücks Wein, ein Schaf aus einer bestimmten Herde, D. 18, 6, 5; 18, 1, 35, 7). Dies ist insbesondere für den Gefahrübergang beim Kauf von Bedeutung.

[3]) Gemeinrechtlich war streitig, ob diese Umwandlung mit ihren Folgen — insbesondere dem Gefahrübergang — schon durch die einheitliche Auswahl einer Sache seitens des Schuldners unter Anzeige an den Gläubiger (Thölsche Ausscheidungstheorie) oder erst durch die wirkliche Erfüllung sich vollzieht (Iheringsche Erfüllungs- oder Lieferungstheorie). Das ABGB. § 906 sagt lediglich, daß der Schuldner von der einmal getroffenen Wahl nicht mehr abgehen könne; die getroffene Wahl bekundet sich aber gleicherweise durch die Anzeige an den Gläubiger wie durch den Beginn der Erfüllung.

Erfüllung des Schuldverhältnisses also unmöglich (zB. der von mir gekaufte Jagdhund Nero stirbt vor der Übergabe). Es treten dann die unten § 68 zu erörternden Grundsätze von der nachfolgenden Unmöglichkeit ein, nach denen der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, wenn die Unmöglichkeit auf einem vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand, also in der Regel, wenn sie auf Zufall beruht. Bei Speziesschulden trägt daher der Gläubiger die Gefahr zufälligen Untergangs, oder, wie man kurz sagt, „die Gefahr" (periculum est creditoris); vgl. D. 45, 1, 33.

Bei der Gattungsschuld dagegen tritt eine Unmöglichkeit der Leistung erst dann ein, wenn die ganze Gattung untergegangen ist. Solange also die Leistung aus der Gattung überhaupt noch möglich ist, kann der Schuldner sich nicht darauf berufen, daß die von ihm zur Leistung etwa ins Auge gefaßten — aber noch nicht „ausgeschiedenen", s. o. — Gegenstände untergegangen sind. Dies pflegt man durch die (nicht klassische) Regel auszudrücken: Species perit ei cui debetur, genus perire non censetur[4]).

3. Die wichtigsten Gattungsschulden sind die Geldschulden[5]). Bei den für den Geschäftsverkehr bedeutungs-

[4]) Für den Kauf hat nach rR. der Satz „species perit ei, cui debetur" nicht nur die Bedeutung, daß der Verkäufer einer Spezies bei deren zufälligem Untergange von der Leistung und vom Schadensersatz dafür befreit wird, sondern die weitere, daß der Verkäufer in diesem Falle auch den Kaufpreis erhält (periculum est emptoris, unten § 85 b). Für die übrigen synallagmatischen Verträge, insbesondere für die Miete, gilt dieser Satz dagegen nicht (periculum est locatoris, unten § 91 c 2 α c). Nach ABGB. §§ 1064 u. 1048 hat der zufällige Untergang der vom Verkäufer geschuldeten Spezies nur dann die Wirkung, daß der Käufer den Kaufpreis zahlen muß, wenn ein bestimmter Übergangstermin festgesetzt ist und der Untergang nach diesem Termine erfolgt. Erfolgt der zufällige Untergang vor demselben, so gilt der Kauf als nicht geschlossen. Der Verkäufer braucht also nicht zu leisten, hat aber auch keinen Anspruch auf den Kaufpreis. Die nämlichen Rechtssätze gelten beim Tausch.

[5]) Freilich kann Geld, wie jede andere vertretbare Sache (S. 220) auch als species Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein, zB. wenn A von B dessen Talersammlung kauft.

vollsten Schuldverhältnissen (Kauf, Miete, Darlehen, unerlaubte Handlungen) hat der Verpflichtete oder eine der Parteien nicht einen bestimmten Gegenstand seines Vermögens, sondern einen gewissen Geldbetrag zu leisten.

Über Begriff und Bedeutung des Geldes vgl. oben S. 220.

c. Wahlschuld.

1. Ein Wahlschuldverhältnis (Alternativobligation) ist vorhanden, wenn mehrere Leistungen geschuldet werden, von denen jedoch nur die eine oder die andere bewirkt werden muß. Es sind, wie die Quellen sagen (zB. D. 45, 1, 128), mehrere Gegenstände „in obligatione", aber nur einer derselben „in solutione". Die Wahlschuld unterscheidet sich hiernach:

*α.* von der Gattungsschuld dadurch, daß bei dieser von vornherein noch gar kein bestimmter Gegenstand in obligatione ist;

*β.* von der einfachen Schuld dadurch, daß bei dieser ein und derselbe Gegenstand sowohl in obligatione als auch in solutione ist;

*γ.* von der einfachen Schuld mit Ersatzbefugnis (facultas alternativa)[6]) dadurch, daß hierbei, gerade um-

---

[6]) Die facultas alternativa kann rechtsgeschäftlich eingeräumt sein: A verkauft dem B sein Pferd Pluto, behält sich aber das Recht vor, ihm statt dessen sein Pferd Zeus zu liefern. Dann ist in obligatione nur Pluto, stirbt dieses Pferd, so kann B nicht die Lieferung des Zeus verlangen, wohl aber A durch dessen Lieferung den Kauf aufrecht erhalten. Wäre das Geschäft dagegen als Wahlobligation geschlossen (A verkauft nach seiner Wahl dem B Pluto oder Zeus), dann könnte B nach dem Untergange eines der Tiere das andere verlangen (S. 402).

Fälle einer gesetzlichen facultas alternativa sind nach rR. die Noxalklagen, wobei sich der Eigentümer des schädigenden Hauskinds, Sklaven oder Tieres durch dessen Hingabe von der ihm obliegenden Schadensersatzpflicht befreien konnte (unten § 112 c 5); ferner die laesio enormis, wonach der Käufer die Rückgabe der unter der Hälfte des Werts gekauften Sache durch Nachzahlung bis zum vollen Wert abwenden konnte (unten § 85 a 2 γ). Aus dem ABGB. vgl. §§ 909 u. 934; ferner CPO. § 410.

gekehrt wie bei der Wahlschuld, ein Gegenstand in obligatione, aber noch ein anderer in solutione ist.

Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidungen zeigt sich vor allem in dem Einflusse der unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit auf den Bestand des Schuldverhältnisses, also bei der sog. „Tragung der Gefahr". Bei der einfachen Obligation (auch der mit facultas alternativa) trägt alle Gefahr der Gläubiger (specis perit ei cui debetur, S. 399), bei der Gattungsschuld bis zur Leistung der Schuldner (genus perire non censetur); bei der Wahlschuld dagegen trägt der Schuldner die Gefahr des zuerst untergehenden Gegenstands, weil sich dadurch die Schuld auf den übrig bleibenden konzentriert (S. 402), der Gläubiger die Gefahr des später untergehenden[7]).

2. Die Wahlbefugnis steht im Zweifel, d. h. mangels einer durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmten Ausnahme, dem Schuldner zu (also zB. dem Verkäufer als dem Schuldner des Kaufgegenstands, D. 18, 1, 25, pr., ebenso ABGB. § 906). Sie kann aber auch dem Gläubiger zustehen (so hatte nach D. 30, 34, 14 und D. 31, 23 — anders ABGB. § 656 — beim Wahlvermächtnisse kraft Gesetzes der Legatar, also der Gläubiger der legierten Sache, nicht der belastete Erbe die Wahl) oder endlich auch einem Dritten (wobei nach D. 45, 1, 141, 1 und ebenso nach ABGB. § 1056, vgl. jedoch § 659) die Vornahme der Auswahl durch den extraneus als Bedingung für den Bestand des Rechtsgeschäfts gilt). Kommt die wahlberechtigte Partei mit der Ausübung des Wahlrechts in Verzug, so geht nach richtiger Ansicht (vgl. EO. § 12) das Wahlrecht auf die Gegenpartei über.

---

[7]) Vgl. D. 18, 1, 34, 6: Si emptio ita facta fuerit: „est mihi emptus Stichus aut Pamphilus" (das regelmäßige Quellenbeispiel für Wahlschuldverhältnisse), in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est. et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. — Nach ABGB. § 907 ist, falls der Vertrag ausdrücklich mit Vorbehalt der Wahl geschlossen und dieselbe durch zufälligen Untergang vereitelt wurde, der wahlberechtigte Teil an den Vertrag nicht gebunden.

3. Die Wahlschuld verwandelt sich in eine einfache Schuld:

α. durch Ausübung des Wahlrechts. Nach rR. hatte der Wahlberechtigte bis zur vollständigen Leistung der einen Sache ein ius variandi[8]), auch wenn er schon eine bestimmte Erklärung abgegeben oder einen der Gegenstände teilweise geleistet oder angenommen hatte (D. 12, 6, 26, 13);[9])

β. infolge der Unmöglichkeit einer Leistung. In diesem Falle „konzentriert" sich die Schuld nach rR. auf die mögliche Leistung[10]).

Über die Zulässigkeit der Rückforderung einer in Unkenntnis des Wahlrechts gemachten Leistung vgl. D. 12, 6, 32, 3 und dagegen D. 31, 19.

d. Teilbarkeit der Leistung.

1. Eine Leistung ist im Rechtssinne[11]) teilbar, wenn

---

[8]) Vgl. D. 45, 1, 138, 1: Cum pure stipulatus sum illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest. In D. 45, 1, 112, pr. wird ein Unterschied zwischen den Formeln „quem voluero" und „quem volam" gemacht und bei ersterer Formel die Änderung der Wahlerklärung ausgeschlossen, während sie bei der letzteren bis zur Litiskontestation zulässig sein soll.

[9]) Anders nach ABGB. § 906; der Wahlberechtigte kann von der einmal getroffenen Wahl für sich allein nicht mehr abgehen. Vgl. auch § 909.

[10]) Vgl. D. 18, 1, 34, 6 (oben S. 401[7]); 45, 1, 16, pr.; 46 3, 72, 4 und 95, 1. Das gleiche gilt nach ABGB., jedoch mit der Ausnahme des § 907. Hat sich der Wahlberechtigte ausdrücklich die Wahl vorbehalten, so ist er nicht weiter gebunden, wenn die Wahl durch Untergang eines oder mehrerer der Wahlstücke vereitelt wird. Nach rR. brauchte der wahlberechtigte Schuldner, wenn die Unmöglichkeit der Leistung nicht von ihm verschuldet war, nicht die übrig bleibende Sache zu leisten, sondern erhielt die facultas alternativa (S. 400), den Wert der untergegangenen Sache zu ersetzen (D. 30, 47, 3).

[11]) Nur diese Teilbarkeit kommt für das Recht, insbesondere für die Frage der Anwendbarkeit der im Texte zu 2 erwähnten Grundsätze in Betracht, nicht auch die natürliche Teilbarkeit. Wenn A beim Tischler B zB. einen Tisch bestellt, so ist diese Leistung im natürlichen Sinne teilbar (Lieferung der Platte, der Schublade, der Füße), nicht aber im Rechtssinne (vgl. D. 45, 1, 2, 1); oben S. 223.

sie ohne Beeinträchtigung des Rechts des Gläubigers in (reellen oder ideellen, S. 223) Teilen erfolgen kann. Leistungen auf ein dare (Eigentumsverschaffung, S. 397) sind regelmäßig teilbar, so vor allem die Leistung der im Verkehre nach Quantitäten (Maß, Zahl oder Gewicht) bestimmten Sachen. Unteilbar ist aber zB. die Leistung einer unteilbaren Sache (zB. eines bestimmten Pferdes) und die Bestellung einer Servitut, mit Ausnahme des Nießbrauchs. Leistungen auf ein facere oder auf ein non facere (Tun oder Unterlassen) sind regelmäßig unteilbar (vgl. zB. D. 45, 1, 2). Auch die unteilbare Leistung wird jedoch teilbar, wenn sie sich in eine Schadensersatzleistung umwandelt[12]).

2. Die rechtliche Bedeutung der Frage nach der Teilbarkeit oder Unteilbarkeit einer Leistung zeigt sich darin, daß bei teilbaren Leistungen und nur bei ihnen eine teilweise Erfüllung und eine Spaltung des Forderungsrechts und der Schuld in mehrere selbständige Obligationen möglich ist. Nur bei teilbaren Leistungen kann daher eine teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung in Frage kommen (unten § 68) und nur bei ihnen ist es von Bedeutung, wenn auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite mehrere Personen beteiligt sind (unten § 84).[13])

Ist hiernach nur bei teilbaren Leistungen die Möglichkeit einer teilweisen Erfüllung vorhanden, so folgt hieraus

---

[12]) Vgl. D. 45, 1, 72, pr.: Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquaeductus ceterarumque servitutium. idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigesimo octavo digestorum refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici iusta aestimatione facti dandam esse petitionem.

[13]) So gilt insbesondere der Grundsatz: nomina ipso iure sunt divisa (unten § 84) nur bei teilbaren Leistungen und mehrere Erben des Schuldners einer unteilbaren Leistung haften solidarisch (D. 10, 2, 25, 10).

nicht etwa, daß der Schuldner bei allen teilbaren Leistungen zur teilweisen Erfüllung *berechtigt* und der Gläubiger — zur Vermeidung der Verzugsfolgen — zu ihrer Annahme *verpflichtet* ist. Vielmehr ist der Schuldner zu Teilleistungen nur berechtigt, wenn ihm dies durch Rechtsgeschäft (so bei den heute vielfach vorkommenden Ratengeschäften, Gesetz vom 27. April 1896, RGB. Nr. 70) oder durch einen besonderen Rechtssatz (so nach WO. Art. 38) gestattet ist[14]).

## § 66. Art und Umfang der Haftung.

### a. Allgemeines.

Dem älteren rR. (ius civile), wie allen unentwickelten Rechtssystemen, waren Schuldverhältnisse unbekannt, bei denen die Bestimmung der Art und des Umfangs der Leistung dem richterlichen Ermessen überlassen war. Erst durch das prätorische Recht wurde bei den durch dieses geregelten Schuldverhältnissen die Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falls zugelassen, und man stellte nunmehr den actiones stricti iuris die iudicia bonae fidei entgegen (S. 357). Auch nach Beseitigung des Formularverfahrens und damit der prozessualen Bedeutung des Unterschieds zwischen actiones bonae fidei und stricti iuris behielt die Unterscheidung eine gewisse praktische Bedeutung insofern, als bei den ehemaligen bonae fidei iudicia der billigen Abwägung des Richters

---

[14]) Vgl. D. 12, 1, 21: Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere. Hieraus wurde von vielen für das Gemeine Recht geschlossen, daß der Gläubiger nach Klageerhebung zur Annahme von Teilzahlungen verpflichtet sei. Das ABGB. hat eine derartige Vorschrift nicht aufgenommen, vielmehr gilt nach § 1415 ausnahmslos der Satz: „Der Gläubiger ist nicht schuldig, die Zahlung einer Schuldpost teilweise oder auf Abschlag anzunehmen."

ein größerer Spielraum gewährt wurde, als bei den stricti iuris actiones[1]).

b. Zinsen[2]).

1. Begriff.

Zins (usurae, foenus) ist die vom Schuldner einer Quantität vertretbarer[3]) Sachen (Kapital, caput, sors) als Entgelt für deren Gebrauch (daher „usurae") zu leistende, fortlaufende Vergütung, ausgedrückt in einer Quote der geschuldeten Sachen. Hiernach setzt die Zinspflicht eine auf Leistung eines Kapitals gehende Hauptschuld voraus, hat also akzessorischen Charakter. Daraus folgt (S. 209), daß die Zinspflicht die rechtlichen Schicksale der Hauptschuld teilt, daher vor allem nur bei gültiger Entstehung dieser entsteht und nur solange wie diese besteht. Geht daher die Hauptschuld (durch Erfüllung, Hinterlegung, Verjährung) unter, so erlischt auch die Zinspflicht (D. 22, 1, 7, C. 4, 32, 19, pr.), natürlich nur für die Zukunft, während die während des Bestehens der Hauptschuld entstandenen, aber noch nicht gezahlten, sog. rückständigen Zinsen, als mit der Fälligkeit selbständig gewordene Gegenstände ein von der Hauptforderung unabhängiges Rechtsdasein führen[4]).

---

[1]) Im modernen Rechte hat bis auf wenige Reste die aequitas vollkommen das strictum ius (S. 153) überwunden.

[2]) D. 22, 1: De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora; C. 4, 32: De usuris. Im ABGB. finden sich die allgemeinen Vorschriften über die Zinsen in den §§ 993—1000, 1335 und 1480. Die §§ 993—998 und 1000 sind durch Gesetz vom 14. Juni 1868, RGB. Nr. 62 aufgehoben, dessen §§ 2 und 6 durch Gesetz vom 15. Mai 1885, RGB. Nr. 77 abgeändert sind.

[3]) Als Zinsen gilt also nicht eine Vergütung, die für den Gebrauch einer Speziessache zu leisten ist. Merkwürdigerweise sagt jedoch C. 4, 32, 25: Pro auro et argento et veste facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras iussimus. Praktisch kommen Zinsen nur neben Geldschulden vor; sie sind aber auch neben einer auf andere vertretbare Sachen gerichteten Hauptschuld denkbar, zB. als Getreidezinsen (vgl. C. 4, 32, 11).

[4]) Daher umfaßt die Abtretung einer zinsbaren Forderung zwar ohne weiteres die laufenden und zukünftigen, nicht aber auch die rückständigen Zinsen und es kann für diese eine andere Verjährungsfrist

## 2. Einteilung der Zinsen.

Die Zinspflicht beruht entweder auf Rechtsgeschäft (Schuldvertrag, einseitiges Versprechen, letztwillige Verfügung, sog. rechtsgeschäftliche Zinsen, usurae conventionales) oder auf Gesetz (gesetzliche Zinsen, usurae legales, nicht legitimae, was gesetzlich erlaubte Zinsen, unten S. 408, bedeutet).

*α.* Nach rR. geschah das Zinsversprechen neben stricti iuris negotia (zB. Darlehen) durch besondere Zinsstipulation, die deshalb auch eine von der Hauptleistung unabhängige Leistungspflicht und Klage ex stipulatu begründete, neben bonae fidei negotia (zB. Kauf mit Kreditierung des Kaufpreises) durch formloses pactum in continenti adiectum (S. 356[14]), das mit der Hauptklage geltend zu machen und vom iudex gemäß der Formel „Quidquid paret usw. ex fide bona" (S. 356[14]) zu berücksichtigen war[5]).

---

maßgebend sein, als für die Hauptschuld (vgl. ABGB. § 1480). Ist aber die Hauptschuld verjährt, sind auch die rückständigen Zinsen verjährt.

Eine andere Frage ist, ob nach Erledigung der Hauptschuld noch die Nachforderung der rückständigen Zinsen zulässig ist, was damit zusammenhängt, ob Zinsen überhaupt selbständig, d. h. ohne gleichzeitige Erhebung des Anspruchs auf das Kapital eingeklagt werden können. Nach rR. war zwischen den auf besonderen, in der Form der Stipulation abgegebenen Zinsversprechen beruhenden und den sonstigen (formlos versprochenen oder kraft Gesetzes zu leistenden) Zinsen zu unterscheiden. Auf die stipulierten Zinsen (quae in obligatione sunt) gab es eine besondere Klage und durch die Annahme des Kapitals wurde der Anspruch auf Leistung der rückständigen Zinsen daher nicht ausgeschlossen. Die nicht formgültig versprochenen und die gesetzlichen Zinsen konnten dagegen nicht durch eigene Klage (C. 4, 34, 4: non enim duae sunt actiones, alia sortis alia usurarum), sondern nur als Erweiterung des Hauptanspruchs (zB. mit der actio venditi) geltend gemacht werden; vgl. D. 19, 1, 49, 1: „Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur". Für das Gemeine Recht war diese Frage streitig. Nach österreichischem Recht können alle Arten von Zinsen durch selbständige Klage geltend gemacht (auch nach vorbehaltloser Annahme der Hauptschuld nachgefordert) werden.

[5]) Es mußte aber nicht nur die Zinspflicht, sondern auch der Zinsfuß festgestellt werden (D. 22, 1, 41, 2: si non appareat,

β. Gesetzliche Zinsen, d. h. solche, die nicht auf Grund einer besonderen Zinsstipulation „in obligatione" sind, sondern „von Amts wegen", officio iudicis praestantur" (S. 406[4]), sind zB. die Verzugszinsen (D. 22, 1, 32, 2, ABGB. § 1333, unten § 69 a), Prozeßzinsen, die vom Käufer im Falle der Nutzung der Kaufsache zu zahlenden Kaufpreiszinsen (D. 19, 1, 13, 20, unten § 86 b) und die im Falle der unberechtigten Verwendung fremden Geldes, zB. vom Beauftragten, Verwahrer, Vormund, zu zahlenden Zinsen (vgl. D. 22, 1, 11; 17, 1, 10, 3; ABGB. §§ 228, 235, 282, 958, 1009, 1190, HGB. Art. 95).[6])

Befreit sind von der Zahlung von Verzugszinsen der Fiskus (S. 199) und der Schenker (D. 39, 5, 22); auch Geldstrafen werden nicht verzinst (D. 27, 8, 9).

3. Zinsberechnung.

Die Zinsberechnung geschieht nach römischem wie nach modernem Recht in Hundertstel (Prozenten, gewöhnlich % geschrieben) des Kapitals. Während aber in Rom die Berechnung auf den Monat erfolgte, geschieht sie heute auf das Jahr. 1 % (centesimae usurae) in Rom bedeutet also nach der heutigen Jahresrechnung 12 %. Geringere als einprozentige Zinsen auf den Monat wurden

---

de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse). Nach Gem. R. erfolgt die Zinsabrede formlos; ebenso nach ABGB. Es genügt hier sogar die bloße Vereinbarung der Zinspflicht auch ohne Bestimmung des Zinsfußes, es gilt dann der gesetzliche Zinsfuß von 5% vereinbart (§ 2 des Ges. vom 14. Juni 1868, RGB. Nr. 2).

[6]) Die Höhe der gesetzlichen Zinsen betrug nach justin. R. 6%, nach Gem. R. (auf Grund des Reichsdeputationsabschieds von 1600) 5%, nach ABGB. (§ 995) galten früher 4% und bei eigentlichen Handelsgeschäften zwischen Handelsleuten und Fabrikanten 6%. Das Gesetz von 1868 bestimmte allgemein 6%. Gegenwärtig gelten nach dem Gesetze vom Jahre 1885 gewöhnlich 5% und bei Handelsgeschäften nach HGB. Art. 287 6% als gesetzliche Zinsen. HGB. stellt auch bei nur einseitigen Rechtsgeschäften 6% fest. Das deutsche BGB. hat sie auf 4% (§ 246), das neue HGB. (§ 352), aber nur bei beiderseitigen Handelsgeschäften, auf 5% festgesetzt. Dagegen ist in der WO. (Art. 50) der bisherige Zinssatz von 6% beibehalten.

durch die Anteile des as (S. 55[1]) bezeichnet: usurae besses (2/3 %) sind also soviel wie heute 8 %, us. semisses (1/2 %) soviel wie heute 6 %.[7])

Zinsfuß ist das auf die Einheitszeit, also heute auf ein Jahr, berechnete Verhältnis der Zinsen zum Kapital[8]).

4. Zinsbeschränkungen.

*a.* Schon im älteren rR. versuchte man, der Ausbeutung der Schuldner durch Zinsbeschränkungen entgegenzutreten. Die 12 Tafeln setzten als höchstes Maß das foenus unciarium fest, d. h. von jedem As sollte höchstens 1 Unze jährlich, also 1/12 des Kapitals oder 8 1/3 %, genommen werden dürfen. Im 4. Jahrhundert v. Chr. wurde dieses Zinsmaximum auf die Hälfte herabgesetzt (foenus semiunciarium). Durch die lex Genucia (342 v. Chr.) wurde das Zinsennehmen unter Bürgern überhaupt verboten. Dies wurde durch eine lex Sempronia (193 v. Chr.) auf die Latinen, durch lex Gabinia (67 v. Chr.) auch auf die Provinzialen ausgedehnt. Später wurde von diesem absoluten Zinsverbote wieder abgegangen, und es wurden centesimae usurae, 1 % monatlich, also nach heutiger Berechnung 12 % als Zinsmaximum bestimmt.

Für gewagte Geschäfte (zB. das Seedarlehen, foenus nauticum, pecunia traiecticia, unten § 93 d) galten diese Zinsbeschränkungen nicht; erst Konstantin setzte 50 % als Höchstbetrag fest. Justinian (C. 4, 32, 26) setzte das regelmäßige Zinsmaximum auf die Hälfte (usurae semisses, d. h. 1/2 % monatlich oder 6 % jährlich) herab. Beim foenus nauticum sollten 12 % zulässig sein; Kaufleute

---

[7]) In der späteren Kaiserzeit sind centesimae usurae genauer 12 1/2 % nach heutiger Rechnung. Der Bequemlichkeit wegen berechnete man nämlich die centesimae usurae auf 3 Siliquä von dem (24 Siliquä enthaltenden, S. 56[1]) Solidus, also auf 1/8 oder 12 1/2 % des Kapitals. Demgemäß waren usurae besses 8 1/3, usurae semisses 6 1/4 %.

[8]) Geldzinsen sind nach ABGB. § 999 in der nämlichen Währung wie das Kapital zu leisten.

sollten 8 %, personae illustres nur 4 % fordern dürfen[9]).

β. Der Zinsenlauf stand nach rR. still, sobald die rückständigen Zinsen den Betrag der Hauptschuld erreichten (D. 12, 6, 26, 1, C. 4, 32, 10 und 27, 1: Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus, sog. Verbot der Verzinsung „ultra alterum tantum"). Ebenso nach ABGB. § 1335; für Handelsgeschäfte gilt dieser Rechtssatz nicht, HGB. Art. 293. In den Novellen 121 c. 2, 138, 160 bestimmte Justinian sogar, daß die Zinszahlung schon dann aufhören sollte, wenn die gezahlten Zinsen das Kapital erreichten.

γ. Zinsrückstände werden nach rR. nicht verzinst. Nichtig ist insbesondere der Anatozismus (von ἀνατοκεῖν, wieder gebären), d. h. das vertragsmäßige Ausbedingen von Zinseszinsen, und zwar gleichgültig, ob es vor oder nach Verfall erfolgte und ob die Zinsen als selbständiges zinsbares Kapital festgestellt wurden (anatocismus separatus, D. 12, 6, 26, 1) oder zur Hauptforderung geschlagen und mit dieser verzinst werden sollten (anatocismus coniunctus, C. 4, 32, 28).[10])

---

[9]) Das kanonische Recht verbot Christen untereinander (nicht aber Juden, sog. Wucherprivileg der Juden) das Zinsennehmen überhaupt, was der Verkehr durch den Rentenkauf und den Kauf auf Wiederkauf umging. Im JRA. (1654) wurden Zinsen bis 5 % gestattet, über 6 % verboten, die Behandlung des sog. sechsten Zinstalers der Landesgesetzgebung überlassen. Das ABGB. § 994 bestimmte das Maß der erlaubten Vertragszinsen mit 5 % bei gegebenem Unterpfand und mit 6 % ohne Unterpfand. Durch eine Verordnung von 1866 und durch das Gesetz von 1868 wurde diese Zinstaxe aufgehoben und die auf Überschreitung derselben gesetzten Wucherstrafen beseitigt. Heute ist zwar der Wucher wieder strafbar (Ges. vom 28. Mai 1881, RGB. Nr. 47); aber der Begriff ist nicht auf Überschreitung einer Zinstaxe, sondern auf die Ausbeutung gewisser unwirtschaftlicher Qualitäten des Kreditnehmers abgestellt.

[10]) Nach ABGB. § 998 war das Nehmen von Zinseszinsen verboten; doch war gestattet, zweijährige Zinsenrückstände durch Vertrag in eine Kapitalsschuld umzuwandeln. Durch das Gesetz von 1868 wurde diese Beschränkung aufgehoben. — Ferner war nach ABGB. § 997 das Abziehen der Zinsen im Vorhinein für mehr als ein halbes

c. Schadensersatz.

1. Begriff des Schadens.

α. Schaden ist jede ungünstige Veränderung der Rechtslage einer Person, sei es hinsichtlich ihres Vermögens (materieller Schaden), sei es in sonstigen Beziehungen (immaterieller Schaden, zB. Verletzung der Persönlichkeit an: Leben, Körper, Freiheit, Ehre, Namen, Urheberrecht).

β. Der Schaden wird eingeteilt:

a. nach der Veranlassung: in unmittelbaren oder direkten (damnum circa rem) und mittelbaren oder indirekten Schaden (damnum extra rem, vgl. zB. D. 19, 1, 13, pr.; 19, 2, 19, 1), je nachdem er durch das schädigende Ereignis allein oder nur in Verbindung mit einem sonstigen Umstande herbeigeführt ist;

b. nach dem Umfange: in wirklichen Schaden (damnum emergens, d. h. offen zutage tretender) und in entgangenen Gewinn (lucrum cessans), je nachdem der Geschädigte infolge des schädigenden Ereignisses ein besessenes Rechtsgut verloren oder an dem Erwerb eines ihm in sicherer Aussicht stehenden Rechtsguts verhindert worden ist (D. 46, 8, 13, pr., S. 413[15]).[11])

---

Jahr verboten. Dieser Rechtssatz wurde gleichfalls durch das Gesetz von 1868 beseitigt.

[11]) ZB. A überfährt durch vorschriftswidriges Radeln den Privatlehrer B. Dieser erleidet einen Schenkelbruch (unmittelbarer Schaden) und ihm wird, während er besinnungslos liegen bleibt, seine Uhr gestohlen (mittelbarer Schaden). Er muß für die Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit die von ihm bisher gegebenen Stunden aufgeben (wirklicher Schaden) und kann eine ihm während der ersteren angetragene Übersetzung nicht übernehmen (entgangener Gewinn, vgl. zB. D. 18, 6, 10 und 19, 1, 21, 3). Als entgangen gilt nach dem mit dem gemeinen Recht übereinstimmenden ABGB. § 1293 jedoch nur der Gewinn, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat. Nach ABGB. § 1324 gebührt in der Regel nur Ersatz des wirklichen Schadens („Schadloshaltung"); lediglich bei einem aus Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zugefügten Schaden auch der entgangene Gewinn („volle Genugtuung"). — Verschieden von der hier berührten Frage nach dem Umfange des Schadensersatzes ist die Frage nach dem Maße desselben. S. 413[16].

Die Gesamtbedeutung, die ein die Rechtslage einer Person verändernder Umstand für diese hat, wird als ihr „Interesse" bezeichnet (id quod eius interest, nämlich, daß der Umstand nicht eingetreten wäre).

2. Voraussetzungen des Schadensersatzes.

Grundsätzlich hat jeder den seine Rechtssphäre treffenden Schaden selbst zu tragen („casus a nullo praestantur", D. 50, 17, 23; „casum sentit dominus", ABGB. § 1311). Unter gewissen Voraussetzungen kann jedoch ein anderer zum Schadensersatze, d. h. zur Ausgleichung des den Verletzten treffenden Nachteils herangezogen werden.

α. Die Schadensersatzpflicht kann beruhen: auf Vertrag (so bei den Versicherungsverträgen) oder auf unerlaubtem Verhalten (zB. Sachbeschädigung) oder auf Gesetz (zB. Haftung des Tierhalters für den durch ein Tier angerichteten Schaden).

β. Die hiernach begründete Schadensersatzpflicht tritt nur ein, wenn der eingetretene Schaden die Wirkung des Ereignisses ist, für welches gehaftet wird (Kausalnexus, ursächlicher Zusammenhang).[12])

γ. Nach deutschem Rechte genügte die Tatsache, daß ein Schaden auf das Handeln einer — an sich nach Vertrag oder Gesetz (α) schadensersatzpflichtigen — Person zurückführt, um deren Haftung zu begründen (sog. Veranlassungsprinzip); daher haften nach deutschem Recht auch willens-

---

[12]) Daher haftet zB. die Unfallversicherungsgesellschaft nicht für die durch Krankheit herbeigeführte Erwerbsunfähigkeit, der Hauseigentümer, der bei Glatteis vorschriftswidrig die Gehbahn nicht bestreut hat, nicht dafür, daß ein Passant über eine von einem Anderen hingestellte Kiste zu Fall kommt, derjenige, der einen Menschen tödlich verwundet, nur für den durch die Verwundung, nicht auch für den durch den Tod herbeigeführten Schaden, wenn der Verletzte durch einen Anderen erschlagen wird; vgl. D. 9, 2, 11, 3: Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, qui occidit (sog. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs). Vgl. auch D. 9, 2, 15, 1.

und deshalb verschuldensunfähige Personen (Kinder, Wahnsinnige) für den von ihnen angerichteten Schaden. Nach rR. (und ABGB.) dagegen ist die bloße Verursachung (causa) allein grundsätzlich keine genügende Grundlage des Schadensersatzanspruchs; eine fernere Voraussetzung desselben ist vielmehr regelmäßig das Vorhandensein eines Verschuldens (culpa) einer Person (sog. Verschuldensprinzip). Nur in Ausnahmefällen findet eine Verantwortlichkeit ohne eigenes Verschulden statt (Haftung für fremde Personen, zB. mit der actio de effusis vel deiectis, aus dem receptum cauponum, vgl. ABGB. §§ 1313—1319; für Tierschaden mit der actio de pastu und de pauperie, vgl. ABGB. §§ 1320—1322; Verantwortlichkeit willensunfähiger Personen, vgl. ABGB. §§ 1306—1310). Hierüber ist unten § 112 c zu sprechen.

δ. Selbst beim Vorliegen von causa und culpa braucht Ersatz nicht geleistet zu werden, wenn der Beschädigte den Schaden durch gehörige Sorgfalt hätte abwenden oder mindern können (sog. Kulpakompensation, D. 50, 17, 203: Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire).[13])

### 3. Art und Maß des Schadensersatzes.

α. Der Ersatzpflichtige ist an erster Stelle zur Naturalrestitution verpflichtet, d. h. er hat den Zustand herzustellen, der ohne das Dazwischentreten des zum Schadensersatze verpflichtenden Umstands bestanden hätte. Ist dies unmöglich, so ist bei den Schäden, die die Vermögenssphäre treffen[14]), der Schadensersatz in Geld zu

---

[13]) Das ABGB. § 1304 bestimmt verhältnismäßige Aufteilung des Schadens, wenn ein Verschulden des Beschädigten konkurriert. Vgl. zB. D. 9, 2, 9, 4: Si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est. sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur.

[14]) Der immaterielle Schaden wurde im rR. überhaupt nicht in Geld ersetzt (vgl. die Begriffsbestimmung des Schadens in

leisten (ebenso ABGB. § 1323). Hierbei ist bei entzogenen oder in ihrem Werte verminderten Vermögensstücken mindestens der gemeine, meist aber auch der außerordentliche Wert, das „Interesse“[15]), dagegen nie das sog. Affektionsinteresse[16]), zu ersetzen; vgl. oben S. 226[10].

Auf besonderen Vorschriften des rR. beruht es, daß der Richter als Geldstrafe höchstens das Doppelte des Sachwerts zusprechen darf[17]), daß für Luxussachen kein

---

D. 39, 2, 3: Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt). Erst im Anschluß an die PGO. (Art. 20, Entschädigung der ungerecht Gefolterten) wurde bei Körperverletzungen auch ohne den Nachweis eines Vermögensschadens ein Schmerzensgeld, ferner Mädchen, denen durch eine Verunstaltung die Heiratsgelegenheit entzogen war, ein Narbengeld und im Falle der Verführung („Defloration“) ein Anspruch auf Ausstattung gewährt (duc aut dota, vgl. unten § 145[8]).

Auch nach ABGB. § 1323 wird grundsätzlich nur der Vermögensschaden in Geld ersetzt; Ausnahmen: 1. Schmerzensgeld bei Körperverletzungen gemäß ABGB. § 1325. 2. die Geldbußen bei Eingriff in das Markenrecht (MSchG. § 27), in das Urheberrecht (UG. § 57) und in das Patentrecht (PG. § 103). Sie sollen dem Verletzten nicht bloß den Vermögensschaden ersetzen, sondern auch eine Entschädigung für erlittene Kränkung und anderweitige persönliche Nachteile gewähren.

[15]) D. 46, 8, 13, pr.: quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui.

[16]) Vgl. D. 9, 2, 33, pr. (Paulus): Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. Vgl. S. 226[10]. Nach ABGB. § 1331 ist bei leichtem Verschulden der gemeine Wert, bei auffallender Sorglosigkeit oder bei böser Absicht das Interesse, und wenn der Schade mittels einer durch das Strafgesetz verbotenen Handlung oder aus Mutwillen und Schadenfreude verursacht worden ist, das Affektionsinteresse (der Wert der besonderen Vorliebe) zu ersetzen. — Über die Frage nach dem Umfange des Schadensersatzes S. 410[11].

[17]) Justinian in C. 7, 47, 1, 1: Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere. Die Vorschrift hatte im Gem. R. zahlreiche Streitfragen hervorgerufen,

Ersatz gewährt wird[18]) und daß, wenn das schadenbringende Ereignis dem Verletzten gleichzeitig Nutzen gebracht hat, nur der den Vorteil übersteigende Nachteil ersetzt verlangt werden kann (compensatio lucri cum damno, vgl. D. 3, 5, 10).

β. Nach D. 12, 3, 5 hat der Beschädigte einem arglistigen Schädiger gegenüber das Recht eidlicher Selbstschätzung seines Schadens. Eine besondere Art dieses iusiurandum in litem ist das von Zeno für den Fall des interdictum unde vi eingeführte iusiurandum Zenonianum (unten § 116[22]).

d. Leistung durch einen Dritten.

Obgleich das rR. die Obligation als ein iuris vinculum behandelt, stellt es doch die Regel[19]) auf, daß grundsätzlich auch die Erfüllung seitens eines Dritten vom Gläubiger zur Vermeidnng der Folgen des Annahmeverzugs anzunehmen ist und den Schuldner befreit, selbst wenn dieser hiervon keine Kenntnis hat oder selbst widerspricht (D. 3, 5, 38: Solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante liberat eum; ähnlich das deutsche BGB. § 267).[20])

---

besonders, ob sie sich nur auf das Erfüllungsinteresse aus Kontrakten oder auch auf außerkontraktliche Schäden beziehe und welche Fälle als casus certi zu betrachten seien. In das ABGB. ist hiervon nichts übergegangen.

[18]) D. 39, 2, 40, pr.: quia honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda. Auch dieser Grundsatz ist nicht in das ABGB. aufgenommen.

[19]) Vgl. jedoch D. 46, 3, 31: Inter artifices longa differentia est et ingenii et naturae et doctrinae et institutionis. ideo si navem a se fabricandam quis promiserit vel insulam aedificandam fossamve faciendam et hoc specialiter actum est, ut suis operis id perficiat, fideiussor ipse aedificans vel fossam fodiens non consentiente stipulatore non liberabit reum.

[20]) Anders das ABGB. §§ 1422 u. 1423. Ohne Einwilligung des Schuldners kann dem Gläubiger die Zahlung von einem Dritten in der Regel nicht aufgedrungen werden.

## § 67. Ort und Zeit der Leistung.

### a. Erfüllungsort.

1. Erfüllungsort oder Leistungsort ist diejenige Stelle (Ortschaft und Stelle in derselben), an welcher der Schuldner seine Leistung bewirken muß und darf, um das Schuldverhältnis zur Lösung zu bringen.

Nach rR. (und ebenso nach ABGB. § 905) gilt als Leistungsort an erster Stelle der von den Parteien (ausdrücklich oder stillschweigend) bestimmte Ort. Mangels einer rechtsgeschäftlichen Bestimmung ist der Leistungsort aus den Umständen, insbesondere der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen[1]). Ist eine solche Feststellung unmöglich, so kann nach rR. der Schuldner, so lange er noch nicht verklagt ist, an jedem angemessenen Orte (quoquo loco non inopportuno, D. 46, 3, 39) leisten. Läßt er sich aber verklagen, so kann der Gläubiger die Erfüllung an jedem Orte fordern, wo er den Schuldner rechtsgültig verklagt und hiernach, wenn er unter mehreren Gerichtsständen die Wahl hat, durch gerechtfertigte Klageerhebung den Erfüllungsort einseitig feststellen; vgl. D. 13, 4, 2, 3: petitorum electionem habere ubi petat, reum ubi solvat, scilicet ante petitionem[2]) und D. 33, 1, 1: quocumque loco petetur, dari debet.

2. Die rechtliche Bedeutung des Leistungsorts liegt

---

[1]) Vgl. zB. D. 16, 3, 12, 1: Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest. eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei iudiciis.

[2]) Nach ABGB. § 905 hat bei Verträgen eine Leistung, für die ein Ort weder aus der Verabredung noch aus der Natur oder dem Zwecke des Geschäfts zu entnehmen ist, an dem Orte der belegenen Sache bei Immobilien, an dem Orte des gemachten Versprechens bei Mobilien zu erfolgen. Für andere Obligationen, die nicht Verträge sind, gilt die Regel, daß der Schuldner am Orte seines Wohnsitzes zu leisten habe, ABGB. § 1420. Trotzdem sind auch in letzterem Falle die Schulden regelmäßig Bringschulden und nicht Holschulden. Eine Ausnahme besteht bezüglich der Inhaber- und Orderpapiere. — Über die Erfüllung von Handelsgeschäften vgl. HGB. Art. 324—326.

vor allem[3]) darin, daß der Schuldner nur hier zu leisten, der Gläubiger nur hier abzunehmen braucht. Der Schuldner kommt also nur durch die Aufforderung des Gläubigers, am Erfüllungsorte zu leisten, in Verzug; ebenso kommt der Gläubiger nur in Annahmeverzug, wenn der Schuldner ihm die Leistung am Erfüllungsort anbietet (D. 13, 4, 9; 45, 1, 122).

b. Erfüllungszeit.

1. Erfüllungszeit oder Leistungszeit ist der Augenblick, in welchem der Schuldner seine Leistung bewirken muß und darf, um das Schuldverhältnis zur Lösung zu bringen, in welchem die Schuld „fällig" ist (dies venit, S. 297[2]). Regelmäßig ist jede Schuld mit ihrer Entstehung auch fällig (D. 50, 17, 14: In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur, gewöhnlich durch den Satz ausgedrückt: „Quod sine die debetur, statim debetur" ebenso ABGB.

---

[3]) ABGB. §§ 902 u. 1413. — Gemäß § 905 bestimmten sich nach dem Erfüllungsort Maß, Gewicht und Geldsorten. Nach JN. § 88 ist ferner am Erfüllungsorte vertragsmäßiger Verpflichtungen ein „besonderer" Gerichtsstand (sog. forum solutionis) begründet, d. h. der Vertragsschuldner kann auf die Leistung wahlweise nicht nur in seinem „allgemeinen" Gerichtsstande (Wohnsitz, Aufenthaltsort, Geschäftssitz, JN. §§ 65 ff.), sondern auch beim Gerichte des Erfüllungsorts verklagt werden. Im älteren rR. hatte die Vereinbarung eines Erfüllungsorts bei Stipulationsschulden sogar die weitere Bedeutung, daß der Schuldner nur an diesem Orte verklagt werden konnte, hier also ein „ausschließlicher" Gerichtsstand begründet war. Erst nach Schaffung der actio de eo quod certo loco (S. 352) war die Klage auch im allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten zulässig; vgl. D. 13, 4, 1: Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet (quod vel data opera faceret vel quia aliis locis necessario distringeretur), non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare. Bei bonae fidei iudicia konnte der iudex infolge seiner freieren Stellung (S. 356[14]) die Verschiedenheit des Klageorts vom Erfüllungsort bei der condemnatio pecuniaria ohne weiteres berücksichtigen.

§§ 904 und 1417). Abweichungen hiervon können sich ergeben:

α. aus rechtsgeschäftlicher Bestimmung der Beteiligten (Betagung, zB. Kreditierung des Kaufpreises, Bestimmung einer Kündigungsfrist bei einem Mietvertrage);

β. aus der Natur des Schuldverhältnisses (vgl. zB. l. 14, 60, 73, 98 § 1, D. 45, 1, ABGB. § 1418);

γ. aus ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (vgl. zB. ABGB. §§ 685, 1100, 1132, 1156, 1285, 1418).

2. Eine Betagung kann zugunsten beider Parteien oder nur des Schuldners oder nur des Gläubigers gemeint sein. Nach rR. (und deutschem BGB. § 271) gilt die Betagung im Zweifel (also mangels einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vorschrift) nur zugunsten des Schuldners[4]), d. h. der Gläubiger kann die Leistung nicht vor der bestimmten Zeit verlangen, der Schuldner sie aber vorher bewirken. Der Schuldner darf jedoch in letzterem Falle auf Grund der vorzeitigen Zahlung gegen den Willen des Gläubigers sich keine „Zwischenzinsen" (Diskonto, interusurium, commodum repraesentationis) abziehen, selbst wenn der Gläubiger, zB. weil es sich um eine unverzinsliche Schuld handelt, daraus einen Vorteil hat[5]).

---

[4]) Vgl. D. 45, 1, 41, 1: Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur: ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore; ferner D. 50, 17, 17. Dagegen gilt nach österreichischem Recht im Zweifel die Betagung zugunsten beider Parteien, ABGB. § 1413.

[5]) Doch werden Zwischenzinsen oft freiwillig zugestanden. Für ihre Berechnung bestehen verschiedene Methoden. Nach deutschem Reichsrechte gilt die sog. Hoffmannsche Methode, welche den gegenwärtigen Wert einer betagten Forderung auf den Betrag feststellt, der mit Zurechnung der Zinsen hiervon bis zur Fälligkeit den Nennwert der Forderung ergibt. Das rR. legt dagegen in D. 35, 2, 88, 3 (Feststellung des gegenwärtigen Werts eines betagten Vermächtnisses zur Ermittlung, ob dem Erben die quarta Falcidia gewährt ist) die ungenaue (heute sog. Carpzowsche) Methode zugrunde, wonach die Zwischenzinsen vom Nennwert berechnet und abgezogen werden. Noch

## § 68. Unmöglichkeit der Leistung.

### a. Allgemeines.

Etwas tatsächlich oder rechtlich Unmögliches kann und braucht daher auch nicht geleistet zu werden („ultra posse nemo obligatur"; vgl. D. 50, 17, 185: Inpossibilium nulla obligatio est, ABGB. § 878). Daraus folgt jedoch nicht, daß das auf etwas Unmögliches gerichtete Schuldverhältnis ohne alle rechtliche Bedeutung ist. Vielmehr fragt es sich, ob der Schuldner nicht an Stelle des Unmöglichen etwas anderes als Ersatz leisten muß (zB. an Stelle des geschuldeten, aber vor der Leistung verendeten Pferdes dessen Geldwert), so daß das Schuldverhältnis an sich bestehen bleibt. In dieser Beziehung ist zu unterscheiden:

1. zwischen ursprünglicher, d. h. schon bei Begründung des Schuldverhältnisses verhandener, und nachträglicher, d. h. erst später eintretender Unmöglichkeit; über erstere ist, da sie nur bei den auf Vertrag beruhenden Schuldverhältnissen in Betracht kommt, unten § 71 c, über letztere, die bei allen Schuldverhältnissen von Bedeutung ist, hier (unten c) zu sprechen;

2. zwischen objektiver, d. h. für jeden vorhandener, und subjektiver, d. h. in den persönlichen Verhältnissen gerade des bestimmten Schuldners begründeter Unmöglichkeit; in ähnlicher Weise unterscheidet D. 45, 1, 137, 4 „impedimentum naturale" und bloße „facultas dandi";

3. vom Schuldner zu vertretende und nicht zu vertretende Unmöglichkeit [1]). Hierüber ist zunächst zu sprechen.

---

genauer als die Hoffmannsche, aber unpraktisch ist die sog. Leibnizsche Methode, die ein Kapital sucht, das mit Zinsen und Zinseszinsen am Fälligkeitstage den Nennwert ergibt.

[1]) Gewöhnlich unterscheidet man: „verschuldete" und „zufällige" Unmöglichkeit, was nicht ganz genau ist, da der Schuldner, wie unten S. 423 dargelegt ist, vielfach nicht nur für verschuldete, sondern auch für zufällige Unmöglichkeit und anderseits umgekehrt nicht für jede durch sein Verschulden herbeigeführte Unmöglichkeit haftet.

### b. Die Vertretungspflicht des Schuldners.

#### 1. Verschulden und Zufall.

Die Frage, welche — eine nachträgliche Leistungsunmöglichkeit herbeiführenden — Umstände vom Schuldner „zu vertreten" sind, d. h. seine Schadensersatzpflicht begründen, oder wie man zu sagen pflegt, für welche Umstände der Schuldner „haftet" (nämlich auf Schadensersatz), ist für jedes Schuldverhältnis besonders zu beantworten (vgl. unten 2). Hier ist zunächst festzustellen, welche Umstände hierbei überhaupt in Betracht kommen. Diese lassen sich den Begriffen Verschulden und Zufall unterordnen. Diese Umstände haben aber nicht nur für schon entstandene Obligationen bei der Frage der Leistungsunmöglichkeit Bedeutung, sondern spielen auch als Begründungselemente von Schuldverhältnissen eine Rolle, so vor allem bei den Schuldverhältnissen aus unerlaubten Handlungen (unten § 112).

##### α. Verschulden.

Verschulden (culpa im weiteren Sinne) ist rechtswidriges Wollen; daher haften (grundsätzlich, S. 412) nur Willensfähige für ihr Verschulden. Der ein Verschulden darstellende Willensfehler kann sein:

a. Vorsatz (dolus) „böse Absicht" (ABGB. § 1294), d. h. bewußtes und gewolltes Herbeiführen eines rechtswidrigen Erfolges; „wenn der Schade mit Wissen und Willen" herbeigeführt worden ist (ABGB. § 1294).

b. Fahrlässigkeit (culpa im engeren Sinne), „Versehen" (ABGB. § 1294), unbewußtes aber unter Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt erfolgtes Herbeiführen eines rechtswidrigen Erfolges[2]); wenn der Schade

[2]) Zu den Begriffsmerkmalen des Vorsatzes gehörte lediglich das Bewußtsein (die Erkenntnis oder Vorstellung) des Handelnden, daß seine Willensbetätigung (sein Handeln oder Unterlassen) einen gewissen Erfolg herbeiführen werde und das Handeln in diesem Bewußtsein, das Wollen, nicht auch das Erstreben, das Wünschen dieses Erfolges um seiner selbst willen, die Absicht. Die Unterscheidung von Vorsatz und Absicht ist besonders für das Strafrecht wichtig. So verlangt zB. der Begriff Beleidigung (StGB. §§ 487 ff.) nur Vorsatz des Beleidigers,

„aus schuldbarer Unwissenheit, oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit, oder des gehörigen Fleißes verursacht worden ist" (ABGB. § 1294).

In beiden Fällen kann das Verschulden in einem positiven Tun (in faciendo, zB. körperliche Beschädigung eines geliehenen Pferdes) oder in einem pflichtwidrigen Unterlassen (in non faciendo, zB. Nichtfütterung des Pferdes) liegen.

Für die Bestimmung des Maßes der dem Schuldner obliegenden Sorgfalt wird ein doppelter Maßstab angelegt. Grundsätzlich wird ein durch gewisse, allgemein feststehende (abstrakte) Umstände bestimmtes Maß an Sorgfalt verlangt und der Schuldner haftet für Außerachtlassung dieser Sorgfalt eines „normalen" Menschen (sog. culpa in abstracto). Bisweilen aber verlangt das Gesetz, daß der Schuldner fremde Angelegenheiten mit der Sorgfalt behandelt, die er auf die eigenen verwendet (sog. diligentia quam suis, sc.: rebus adhibere solet, I. 3, 25, 9); die Vernachlässigung dieser nach den besonderen („konkreten") Verhältnissen des

---

d. h. Bewußtsein desselben, daß sein Handeln geeignet ist, die Ehre des Betroffenen herabzusetzen, nicht jedoch einen animus iniuriandi, die Absicht, ihn zu kränken. In den Quellen bedeutet dolus bald Vorsatz, bald Absicht, im engeren Sinne absichtliche Irrtumserregung (Betrug). Zuweilen wird bei vorsätzlichem Handeln in lauterer Absicht (misericordia ductus) der Ausdruck dolus zwecks Abschwächung der Folgen vermieden (C. 4, 3, 7, 7; 11, 3, 5, pr.; 16, 3, 7, pr.).

Durch das Bewußtsein des Handelnden davon, daß ein bestimmter Erfolg eintreten werde, unterscheidet sich der Vorsatz von der Fahrlässigkeit. Der Handelnde braucht nicht gerade das Bewußtsein zu haben, daß der Erfolg eintreten müsse (sog. dolus determinatus); es genügt vielmehr auch der dolus eventualis, d. h. das Bewußtsein, daß der Erfolg eintreten könne, vorausgesetzt, daß der Handelnde auch mit diesem möglichen Erfolg einverstanden ist, daß er ihn will (sog. dolus eventualis). Wirft zB. A einen Stein aus dem Fenster, der den vorübergehenden B verletzt, so liegt dolus determinatus vor, wenn A sich bewußt ist, daß der Stein den B treffen muß, dolus eventualis, wenn A denkt, der Stein würde an B, den er bloß erschrecken will, vorbeifliegen, aber auch damit einverstanden, wenn B vom Steine getroffen wird, Fahrlässigkeit, wenn A meint, der Stein werde B nicht treffen.

bestimmten Schuldners bemessene Sorgfalt heißt culpa in concreto.

1) Die culpa in abstracto ist die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, der diligentia eines „diligens pater familias“ (D. 19, 1, 54, pr.) „quam debent homines frugi et diligentes praestare“ (D. 18, 6, 12). Aber nicht in allen Fällen wird dieses Normalmaß von Sorgfalt verlangt. Zuweilen haftet der Schuldner nur für eine gröbliche Nachlässigkeit oder Unachtsamkeit, für grobe Fahrlässigkeit oder „culpa lata“ (von latus = weitgehend, vgl. D. 50, 16, 213, 2: Lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt), der gegenüber die Vernachlässigung der im Verkehr regelmäßig erforderlichen Sorgfalt als geringes Versehen, „culpa levis“, bezeichnet wird. Sonach kommen für die culpa in abstracto zwei Formen in Betracht: die culpa levis und die culpa lata [3]).

---

[3]) Nach ABGB. § 1295 hat der Schuldner in allen Fällen auch culpa levis zu vertreten. Nur Umfang (S. 410[11]) und Maß (S. 413[16]) der zu leistenden Entschädigung sind nach dem Grade des Verschuldens verschieden. — Im klassischen rR. wurde (vor allem bei der Leihe, vgl. zB. D. 13, 6, 5, 3, vgl. auch D. 50, 17, 23, unten Anm. 7) von der Haftung für culpa die Haftung für „diligentia“ und für „custodia“ unterschieden. Hierbei bedeutete vermutlich culpa die positiv fahrlässige Vernichtung oder Beschädigung einer geschuldeten Sache, diligentia die ordnungsmäßige Benutzung (zB. Fütterung des geliehenen Tieres), custodia die ordnungsmäßige Behütung der geschuldeten Sache (durch Umzäunen, Einschließen). Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung lag zB. darin, daß der Schuldner, der nur für diligentia quam suis haftete, für fahrlässige Sachbeschädigung, also für sein Tun, wie jeder andere Schuldner verpflichtet war, sodaß seine Haftungsverminderung sich nur auf das pflichtwidrige Unterlassen bezog. Im justin. Rechte sind diese besonderen Richtungen der Haftung in der allgemeinen Haftung des Schuldners für culpa im Sinne einer Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aufgegangen. Wenn auch hier noch von einer besonderen custodia gesprochen wird, so handelt es sich um eine über das durch die Verkehrssitte verlangte Maß hinausgehende Behütungspflicht, die entweder auf einem selbständigen Vertrage (mandatum custodiae, D. 16, 3, 1, 12, locatio conductio custodiae, D. 19, 2, 40) oder einem Nebenvertrage (zB. neben Kauf, I. 3, 23, 3 a) oder auf einer gesetz-

2) Bei der Haftung für culpa in concreto ist der Schuldner befreit, wenn er diejenige Sorgfalt angewendet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, auch wenn diese Sorgfalt hinter dem Normalmaß, das ein diligens pater familias anwendet, zurückbleibt. Die Haftung für culpa in concreto bedeutet aber nur eine Herabminderung der Haftung für culpa levis: der für diligentia quam suis einstehende Schuldner haftet dagegen in jedem Falle für grobe Fahrlässigkeit, kann sich also von der Haftung für diese nicht durch den Nachweis befreien, daß er in eigenen Angelegenheiten ebenso leichtsinnig ist [4]).

### β. Zufall.

Zufall (casus) ist ein Umstand, der vom Schuldner nicht verschuldet ist, also von ihm weder vorhergesehen worden ist (Vorsatz) noch vorhergesehen werden konnte (Fahrlässigkeit).

---

lichen Sondervorschrift (so für die nautae caupones stabularii und den Übernehmer einer locatio conductio operis) beruhen kann. Wer diese besondere Bewachungspflicht zu leisten hat, haftet für alle durch die Bewachung abwendbar gewesenen Schäden, unter Umständen also auch für Unfälle, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters nicht hätten vermieden werden können und daher gewöhnlich als casus zu betrachten sind. So erklärt sich I. 3, 23, 3 a: Quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit. Hatte der Verkäufer die custodia über den verkauften Sklaven nicht vertragsmäßig übernommen, dann haftete er nicht, weil Sklaven nicht bewacht zu werden pflegten. Daraus ist aber nicht, wie man ehemals annahm, der Schluß zu ziehen, daß in allen Fällen der custodia Haftung für jeden casus bis zur höheren Gewalt eintrat.

[4]) Das ABGB. hat den Begriff der culpa in concreto nicht aufgenommen; wohl aber das HGB. und das deutsche BGB. § 277. — Der nach deutschem BGB. § 690 nur für diligentia quam suis haftende unentgeltliche Verwahrer kann zB. wenn er die ihm zur Verwahrung gegebenen Wertpapiere im offenen Wäscheschrank aufbewahrt hatte und sie ihm von hier gestohlen wurden, der Schadensersatzklage des Hinterlegers gegenüber nicht einwenden, daß er seine Wertsachen immer im Wäscheschrank aufbewahre; denn das ist grob fahrlässig.

Von den zum Begriffe des Zufalls gehörenden Umständen werden besondere Umstände als höhere Gewalt (vis maior, θεοῦ βία) ausgesondert und insofern besonderen Vorschriften unterstellt, als in gewissen Fällen, in denen der Schuldner auch den Zufall zu vertreten hat, diese Vertretung sich auf die Fälle der höheren Gewalt nicht erstreckt (S. 426).[5])

2. Umfang der Vertretungspflicht des Schuldners.

*a.* Die bei einem Schuldverhältnisse Beteiligten können grundsätzlich die von dem Schuldner zu vertretenden Umstände durch Rechtsgeschäft (Vertrag, letztwillige Verfügung) abweichend von den gesetzlichen Vorschriften bestimmen, also die gesetzliche Haftung erweitern oder verengern mit der Beschränkung, daß ein pactum ne dolus praestetur als unsittlich nichtig ist (vgl. ABGB. § 878), d. h. die Haftung für Vorsatz[6]) kann im voraus vertragsmäßig nicht erlassen werden (wohl aber nachträglich); D. 50, 17, 23 (Anm. 7).

[5]) Darüber, wie die Grenze zwischen dem gewöhnlichen Zufall und der höheren Gewalt zu ziehen ist und welches das Unterscheidungsmerkmal ist, herrscht Streit. Die römischen Quellen zählen nur einzelne Beispiele auf (vgl. D. 13, 6, 18, pr.: casus, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidiae, naufragium, incendium, fugae servorum; D. 44, 7, 1, 4: maior casus, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendium, ruina, naufragium). Seit der Glossatorenzeit stehen sich zwei Ansichten gegenüber.

a. Nach der objektiven oder absoluten Theorie (Exner) ist der Kreis der zur vis maior gehörenden Umstände ein für alle mal bestimmt.

b. Nach der subjektiven oder relativen Theorie lassen sich die zur vis maior gehörenden Ereignisse nicht einheitlich, sondern nur nach dem einzelnen Falle feststellen und es gelten als vis maior nur solche Umstände, deren schädigende Wirkung bei den gegebenen Verhältnissen trotz äußerster Vorsicht vom Schuldner nicht hat abgewendet werden können.

[6]) Dem dolus steht mindestens für Vertragsschulden die culpa lata gleich; vgl. D. 50, 16, 226 (magna culpa dolus est), D. 11, 6, 1, 1 (lata culpa plane dolo comparabitur), D. 17, 1, 29, pr. (dissoluta enim neglegentia prope dolum est). Daher kann auch die Haftung für culpa lata nicht vertragsmäßig ausgeschlossen werden.

β. Mangels einer gültigen rechtsgeschäftlichen Bestimmung wird der Kreis der vom Schuldner zu vertretenden Umstände durch das Gesetz geregelt. Hierbei wird das rR.[7]) von dem Grundsatze beherrscht: der Schuldner haftet für dolus und jede culpa (lata wie levis); nur wenn jemand eine Verpflichtung im ausschließlichen Interesse des Gläubigers eingeht, haftet er diesem nur für dolus und culpa lata; vgl. D. 30, 108, 12: in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur. Hiernach haften zB. für jede culpa: Käufer und Verkäufer, Mieter und Vermieter, der Hinterleger (Deponent), Entleiher (Kommodatar), Pfandgläubiger; dagegen haftet nur für culpa lata: der Verwahrer (Depositar), Schenker, Verleiher (Kommodant).

Diese Regel wird aber durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen:

a. Zuweilen tritt eine verminderte Haftung ein.

1) In einzelnen Fällen haftet der Schuldner nur für dolus und culpa lata, obwohl auch er selbst Vorteile aus dem Schuldverhältnisse bezieht, so der Prekarist (dem eine Sache auf beliebigen Widerruf, „precario", geliehen ist, also ohne daß der Verleiher die Verpflichtung übernimmt, sie ihm für eine gewisse Zeit zu überlassen. D. 43, 26, 8,

---

[7]) Vgl. die Übersicht in D. 50, 17, 23: Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus debit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur, hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

3) und der Feldmesser (agrimensor, D. 11, 6, 1, 1), selbst wenn er bezahlt wird. Die verminderte Haftung erklärt sich daraus, daß dem Gläubiger gegen Prekaristen und Feldmesser anfänglich keine Kontraktsklage, sondern nur eine Deliktsklage (wegen dolus) zustand.

2) In einigen Fällen tritt eine Erleichterung der Haftung des Schuldners insofern ein, als er, obgleich er Vorteile aus dem Schuldverhältnisse genießt, nicht für jede culpa levis, sondern nur für culpa in concreto haftet. Solche diligentia quam suis hatten nach rR. zu vertreten: der Gesellschafter[8]) und zufällige Gemeinschafter (zB. jeder Miterbe, D. 10, 2, 25, 16), der Ehemann bei Verwaltung des Frauenguts (D. 23, 3, 17, pr.) und der Vormund bei Verwaltung des Mündelvermögens (D. 27, 3, 1, pr.).

b. Anderseits tritt bisweilen auch eine erweiterte Haftung ein:

1) Trotz mangelnden Vorteils haftet der Schuldner für culpa levis, so der Mandatar trotz der begrifflichen Unentgeltlichkeit des Mandats nach rR. (C. 4, 35, 11 und 13); der negotiorum gestor (dieser haftet, wenn er ungewöhnliche Geschäfte ohne Auftrag oder Geschäfte trotz Verbots unternimmt, sogar für casus, D. 3, 5, 10, anderseits, wenn die Geschäftsführung zur Abwendung von Schaden unternommen wird, nur für dolus und culpa lata, D. 3, 5, 3, 9); derjenige, der sich zu einem Geschäfte drängt (vgl. D. 16, 3, 1, 35: si se quis deposito obtulit).

2) Unter Umständen haftet der Schuldner für fremdes Verschulden, so für das Verschulden der von ihm zugezogenen Hilfspersonen, regelmäßig aber nur, wenn ihn bei deren Auswahl oder Beaufsichtigung ein Verschulden

---

[8]) Vgl. D. 17, 2, 72: Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet (unten § 102 b).

(culpa in eligendo oder in custodiendo) trifft. Nur der Werkmeister (conductor operis) wird auf Grund von D. 19, 2, 25, 7 für den von seinen Gehilfen verschuldeten Schaden stets haftbar gemacht[9]).

Über die Haftung der nautae, caupones, stabularii für ihre Leute vgl. unten § 101 c, über die actiones noxales unten § 112 c 5.

3) Bis zur höheren Gewalt haften nach rR. nautae, caupones, stabularii für die ihnen zur Beförderung übergebenen und bei ihnen eingebrachten oder eingestellten Sachen; unten § 101 c.

4) Die zufällige Leistungsunmöglichkeit hat der Schuldner dann zu tragen, wenn er den Eintritt derselben durch sein Verschulden (zB. durch Erfüllungsverzug) ermöglicht hat (sog. casus mixtus, im Gegensatz zu dem reinen Zufall casus merus, für den nach dem Grundsatze „casus a nullo praestantur", S. 424[7], grundsätzlich nicht gehaftet wird).[10])

c. Folgen der eingetretenen Leistungsunmöglichkeit.

Hierbei ist zu unterscheiden:

1. Die Unmöglichkeit beruht auf einem vom Schuldner

---

[9]) Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; unten § 95 b.

[10]) Nach ABGB. haftet der Schuldner, sofern nicht durch Rechtsgeschäft etwas anderes bestimmt ist, für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit; eine Erlassung der Haftung für culpa levis oder eine Herabminderung derselben auf culpa in concreto kennt das ABGB. nicht. Anderseits findet bisweilen eine Verschärfung der Haftung statt. So haften bis zur höheren Gewalt: die Eisenbahnen (Ges. vom 5. März 1869, RGB. Nr. 27), die Postanstalt (Fahrpost-Ordn. vom 12. Juni 1838), der Frachtführer (HGB. Art. 395); für casus mixtus: der Depositar (ABGB. § 965), und eine Reihe anderer Personen, die gleich ihm „zu möglichst sorgsamer Verwahrung oder Beaufsichtigung einer Sache im Interesse eines anderen" verpflichtet sind (Krainz System II. § 359, vgl. daselbst).

nicht zu vertretenden Umstande[11]). Dann wird der Schuldner (und damit auch sein Bürge oder Pfandbesteller, vgl. ABGB. §§ 1363, 469) seiner Verpflichtung ledig (ABGB. § 1447) und zwar bei Speziesschulden ohne weiteres (species perit ei, cui debetur, S. 399), bei Genusschulden erst, wenn die Gattung nicht mehr vorhanden ist (genus perire non censetur). Bei gegenseitigen Verträgen fällt damit auch der Anspruch auf die Gegenleistung fort; nur beim Kauf erhält der Verkäufer nach rR. (teilweise anders ABGB., oben S. 399[4]) trotz Nichtlieferung der Kaufsache den Kaufpreis (periculum est emptoris, unten § 72[2]).

2. Die Unmöglichkeit beruht auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande. Dann bleibt das Schuldverhältnis (nebst seinen akzessorischen Rechten aus Bürgschaft oder Pfandbestellung) bestehen und der Schuldner hat dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen (ABGB. §§ 912, 919) und einen etwaigen Ersatz oder Ersatzanspruch (zB. gegen den Dieb) abzutreten (D. 18, 1, 35, 4).

---

[11]) Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstands ist, so trifft die Beweislast den Schuldner (ABGB. § 1298). Dies bezieht sich jedoch nur auf schon begründete Schuldverhältnisse. Hier muß der eine nachträgliche Leistungsunmöglichkeit behauptende Schuldner (zB. der Verwahrer, der das Abhandenkommen der Sache behauptet) den ihn von der Leistungspflicht befreienden Umstand (zB. Diebstahl trotz gehöriger Verwahrung) nachweisen, sich „exkulpieren". / Anders wenn ein Schuldverhältnis durch den von jemandem zu vertretenden Umstand erst begründet wird (zB. die Schadensersatzpflicht bei vorsätzlicher Körperverletzung). Hier hat nicht der Schuldner sich zu exkulpieren, sondern der Gläubiger muß den vom Schuldner zu vertretenden Umstand zum Nachweise der Entstehung seines Anspruchs erweisen.

## § 69. Verzug.

### a. Verzug des Schuldners.

#### 1. Begriff und Voraussetzungen.

Verzug[1]) des Schuldners (mora debitoris, mora solvendi, „per debitorum stat, quominus praestetur") ist die auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruhende Nichtleistung einer fälligen und vom Gläubiger eingeforderten Schuld. Voraussetzungen des Leistungsverzugs sind hiernach:

*α.* Nichtleistung einer fälligen (also nicht bedingten, befristeten, einer Einrede[2]) ausgesetzten) Schuld.

*β.* Einforderung der Leistung (Mahnung, interpellatio) am gehörigen Ort und zu gehöriger Zeit (D. 45, 1, 49, 3), was auch durch Klageerhebung[3]) geschehen kann; (D. 22, 1, 32, pr.: Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit; ebenso ABGB. § 1334). Nur ausnahmsweise tritt Verzug ohne Mahnung ein („lex interpellat pro homine"), so bei Ansprüchen auf Rückgabe einer dem Gläubiger durch eine unerlaubte Handlung entzogenen Sache (semper moram fur facere videtur,

---

[1]) D. 22, 1: De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora. Mora bedeutet in den Quellen sowohl Verzögerung der Leistung überhaupt (objektive mora), als auch schuldhafte Säumnis, also Verzug (subjektive mora); vgl. die Gegenüberstellung in D. 22, 1, 24, pr.: Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram: utique si iuste ad iudicium provocavit.

[2]) D. 12, 1, 40 (Lex Lecta, S. 129): non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Auch klaglosen Ansprüchen gegenüber ist Verzug undenkbar; D. 50, 17, 88: Nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est (unten § 70 b 2).

[3]) Ist der Schuldner nicht zu erlangen, Mahnung oder Klage ihm also nicht zuzustellen, so genügt nach rR. eine vor Gericht, Notar oder Zeugen abgegebene Leistungsaufforderung des Gläubigers, um den Schuldner in Verzug zu setzen (testatio, D. 22, 2, 2). Für das heutige Recht vgl. CPO. §§ 104, 106, 107 (Ersatz-Zustellung).

D. 13, 1, 8, 1), bei Abwesenheit des Schuldners (D. 22, 1, 23, 1) und nach der richtigen Meinung bei Forderungen mit nach dem Kalender bestimmtem Leistungstage („dies interpellat pro homine", ebenso ABGB. § 1334).

γ. Vom Schuldner zu vertretende (verschuldete[4]) Nichtleistung. Die Verzugsfolgen treten zB. nicht ein bei entschuldbarem Irrtum über Fälligkeit und Umfang der Schuld (D. 12, 1, 5, D. 50, 17, 63 und 99), Abwesenheit in Staatsgeschäften und in Gefangenschaft (D. 22, 1, 17, 3 und 23, pr.). Der Schuldner hat seine Schuldlosigkeit zu beweisen (S. 427[11]).

2. Wirkungen des Leistungsverzugs.

Der säumige Schuldner hat dem Gläubiger das Interesse an der rechtzeitigen Leistung zu ersetzen (quanti creditoris interest, moram factam non esse, D. 7, 1, 36, 2; 45, 1, 114). Dagegen gibt der Verzug dem Gläubiger nicht das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, es sei denn, daß dieser unter einer Verwirkungsklausel (lex commissoria) geschlossen ist (ebenso ABGB. § 919).

Zu der Interesseleistung gehört:

α. Die sog. perpetuatio obligationis, d. h. der mit einer Leistung in Verzug geratende Schuldner übernimmt die Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung der geschuldeten Sache, soweit sie bisher den Gläubiger traf. Der Schuldner hat daher vom Verzug an jede durch seine Fahrlässigkeit und selbst die durch Zufall herbeigeführte Leistungsunmöglichkeit zu vertreten, auch wenn er etwa bis dahin nur für culpa lata haftete, falls er nicht beweist, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre (D. 30, 47, 6; ebenso ABGB. §§ 979, 1311, 965, 338). Bei unerlaubter Besitzerlangung ist dem Schuldner (zB.

[4]) Ausnahmsweise treten einzelne Verzugsfolgen auch ohne verschuldete Zögerung ein; so können Minderjährige und der Fiskus von der bloßen Fälligkeit an Zinsen verlangen (D. 31, 87, 1, D. 22, 1, 17, 5). Ist die Schuld eine Geldschuld, gebühren nach österr. Recht auch bei objektiver Mora Verzugszinsen (Krainz System II. § 339 S. 146).

dem Dieb oder Räuber nach rR. dieser Einwand versagt (D. 5, 3, 40, pr.).

β. Die Schadensersatzpflicht (zB. für eingetretene Preisminderung, D. 19, 1, 3, 3; besonders ungünstig ist hierbei der Dieb gestellt, D. 13, 1, 8, 1: er muß den höchsten Wert der fraglichen Zeit ersetzen). Die Höhe des durch den Verzug verursachten Schadens muß an sich der Gläubiger nachweisen. Bei Geldschulden ist er dieser Pflicht überhoben, da ihm bei Zahlungsverzug ohne weiteres Verzugszinsen (im rR. nur aus bonae fidei contractus, D. 22, 1, 32, 2, nicht auch aus stricti iuris contractus) in feststehender Höhe zustehen (5% nach geltendem österr. Rechte, nach HGB. Art. 287 6% und zwar auch bei Geschäften, die nur auf Seite eines Vertragsteiles Handelsgeschäfte sind). Keine Verzugszinsen sind von Zinsen (S. 409), von der Schenkung (D. 39, 5, 22), von Geldstrafen (D. 27, 8, 9), sowie seitens des Fiskus (D. 22, 1, 17, 5, S. 199) zu entrichten; hier muß der Gläubiger also auch bei Geldschulden seinen Schaden nachweisen. Ist von mehreren Gesamtschuldnern einer in Verzug gesetzt, so treten die Wirkungen des Verzugs nur diesem gegenüber ein (D. 22, 1, 32, 4: alterius mora alteri non nocet; ebenso ABGB. § 894, unten § 84 b). Der Bürge haftet für die Folgen des Verzugs des Hauptschuldners (D. 19, 2, 54, pr.; anders ABGB. § 1353).

3. Aufhören des Verzugs (purgatio morae).

Der Verzug des Schuldners wird beseitigt durch vollständige Erfüllung und durch vollständiges Angebot (auch seitens eines Dritten, S. 414, anders ABGB. § 1423), durch welches der Gläubiger in Annahmeverzug versetzt wird (vgl. D. 18, 6, 18); ferner zB. durch bedingte Novation (D. 46, 3, 72, 1) oder Stundung.

b. Verzug des Gläubigers (mora creditoris s. accipiendi, Annahmeverzug).

1. Voraussetzungen

des Gläubigerverzugs sind: Leistungsangebot des Schuldners zu gehöriger Zeit und am gehörigen Orte (D. 46, 3,

39), wenn auch vor dem Fälligkeitstermine (da im Zweifel diei adiectio pro reo est, S. 417[4], anders ABGB. § 1413) und Nichtannahme seitens des Gläubigers (ABGB. § 1419); dagegen ist nicht, wie beim Schuldnerverzug, „verschuldete Nichtannahme" erforderlich (so Kohler und für das österr. Recht Hasenöhrl, anders Dernburg, Windscheid und für das österr. Recht v. Schey).

Das Leistungsangebot muß in der Regel tatsächlich erfolgen (sog. Realoblation). Zuweilen genügt jedoch ein bloßes wörtliches Angebot (sog. Verbaloblation), zB. wenn der Gläubiger erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebote der Leistung steht letzterenfalls die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen. Der Schuldner muß aber zur Bewirkung der Leistung zur Zeit des Angebots imstande sein.

2. Wirkungen des Annahmeverzugs.

α. Der Schuldner hat während des Annahmeverzugs nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (D. 18, 6, 5 und 18, ABGB. § 1419). Daher geht auch bei der Wahlschuld (D. 45, 1, 105) und der Gattungsschuld durch Nichtannahme der ordnungsmäßig angebotenen Sache die Gefahr auf den Gläubiger über (vgl. D. 18, 6, 5).

β. Der Schuldner erhält das Recht, sich durch Hinterlegung (ABGB. § 1425, unten § 78) zu befreien. Der Zinsenlauf hört jedoch nach rR. und österreichischem Recht erst durch die Hinterlegung, nicht schon durch den Eintritt des Verzugs auf[5]). Nicht rechtzeitig vom Gläubiger über-

[5]) OGH. Nr. 2979 — vgl. zB. D. 22, 1, 7: Debitor usurarius creditori pecuniam optulit et eam, cum accipere noluisset obsignavit ac deposuit: ex eo die ratio non habebitur usurarum. quod si postea conventus ut solveret moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt.

nommene Sachen kann er nach älterem rR. sogar einfach fortwerfen (derelinquieren).[6])

γ. Der Schuldner kann Ersatz des ihm durch den Annahmeverzug entstandenen Schadens (zB. Fütterungs- und Aufbewahrungskosten) verlangen (D. 19, 1, 38, 1 und 33, 6, 8).

3. Der Verzug endet durch nachträgliche Erklärung der Annahmebereitschaft (D. 18, 6, 18, D. 45, 1, 91, 3).

## § 70. Erzwingbarkeit der Schuldverhältnisse.

### a. Gerichtliche Geltendmachung der Forderung.

Der normale Weg zur Geltendmachung eines vom Schuldner nicht rechtzeitig befriedigten Anspruchs ist das Angehen der staatlichen Gerichte; der Gläubiger „verklagt" den Schuldner auf die von ihm zu bewirkende Leistung und erzwingt diese, wenn der Schuldner dem ihn verurteilenden rechtskräftigen Erkenntnisse nicht Folge leistet, durch die Zwangsvollstreckung. Im älteren rR. wurde das eigentliche Ziel derselben, dem Gläubiger den Leistungsgegenstand zuzuführen, anfänglich nur dann erreicht, wenn es sich um eine Zahlung handelte. Denn jeder sonstige Anspruch (auf Herausgabe einer Sache, Vornahme oder Unterlassung einer Handlung) setzte sich in einen Geldanspruch um, da eine andere Verurteilung als auf Geldzahlung und daher eine Vollstreckung auf den Leistungsgegenstand selbst, eine Realexekution (S. 34), dem älteren rR. unbekannt war (omnis condemnatio pecuniaria est).[1]) Erst

---

[6]) Vgl. zB. D. 18, 6, 1, 3: Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius. Vgl. dagegen D. 33, 6, 8. Für das ABGB. ist die Frage sehr streitig.

[1]) Vgl. G. 4, 48: Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condem-

in der späteren Kaiserzeit wird eine wahre „Realexekution" zugelassen, aber nur bei den Ansprüchen auf ein exhibere oder restituere (arbitrium de exhibendo oder restituendo, S. 351),[2]) während bei den auf ein facere gehenden Ansprüchen auch im justin. Recht nur Geldkondemnation erfolgte (D. 42, 1, 13, 1).[3])

Die Zahlung der Geldsumme, zu welcher der Schuldner im älteren rR. allein verurteilt werden konnte, wurde anfänglich nur mittelbar, durch Zwang gegen die Person des Schuldners (legis actio per manus iniectionem, S. 159), später auch unmittelbar durch Zwangsvollstreckung in sein Vermögen erzwungen, und zwar zuerst nur durch Einweisung des Gläubigers in das Gesamtvermögen (missio in possessionem rei servandae causa, also Konkurs) und erst seit Antoninus Pius durch Pfändung und Verwertung einzelner Vermögensstücke des Vollstreckungsschuldners (pignus in causa iudicati captum, unten § 139 b).

Die Vollstreckung gegen die Person war in gewissen Fällen, in denen eine besondere Milde gegen den Schuldner geboten erschien, unzulässig, sofern der Schuldner durch Erbittung der Einfügung einer exceptio in die Formel („in quantum facere potest debitor", I. 4, 6, 37 und 38) die Beschränkung der Verurteilung auf sein Vermögen nachgesucht hatte. Später wurde in derartigen Fällen auch die Vollstreckung in das Vermögen beschränkt, und zwar, ohne daß es der Einfügung einer exceptio bedurft hätte, durch

---

natio concepta est: itaque et si corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, (sed) aestimata re pecuniam eum condemnat.

[2]) Vgl. D. 6, 1, 68 (Ulpian): Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit.

[3]) Heute geht das Urteil und die Zwangsvollstreckung unmittelbar auf die wirklich geschuldete Leistung. Erst wenn diese nicht zu erlangen ist, tritt die Interesseforderung in Geld ein.

Einwendung gegenüber der Zwangsvollstreckung. Gewissen Schuldnern wurde nämlich das beneficium competentiae, d. h. das Privileg gewährt, daß ihnen von ihren Gläubigern bei der Zwangsvollstreckung das zum notdürftigen Unterhalt („ne egeat") Erforderliche belassen werden mußte (D. 50, 17, 173, pr.). Als in der späteren Zeit die Personalexekution ihre Bedeutung verlor, wurde das erstgedachte „Kondemnationsprivileg" (in quantum facere potest debitor) bedeutungslos, und es erhielt sich nur das „Exekutionsprivileg" (ne egeat debitor). Das beneficium competentiae steht nach rR. (D. 42, 1, 16—25) zu: Eltern gegen ihre Kinder, Ehegatten gegeneinander, Soldaten, jüngst aus der väterlichen Gewalt entlassenen Hauskindern, den auf Leistung oder Rückgabe einer Dos Belangten, dem Gesellschafter und dem Schenker, letzterem noch mit der besonderen Milderung, daß bei der Beurteilung der Frage, ob er den Notbedarf behält, nicht, wie in den übrigen Fällen, der Brutto-, sondern der Nettobetrag seines Vermögens zugrunde gelegt wird („et quidem is solus deducto aere alieno", D. 42, 1, 19, 1); ferner dem Gemeinschuldner im Konkurse, wenn er seinen Gläubigern sein Vermögen übereignet hat (cessio bonorum).[4])

b. Außergerichtliche Geltendmachung der Forderung.

In gewissen Fällen ist neben der gerichtlichen auch eine außergerichtliche Geltendmachung der Forderung zulässig;

---

[4]) Das derzeitige österr. Recht kennt das beneficium competentiae nicht.

Das beneficium competentiae beruhte auf den persönlichen Verhältnissen der Parteien, es war daher höchst persönlich, stand also nur dem Schuldner selbst, nicht zB. seinem Bürgen zu (D. 42, 1, 24 pr.: Et si fideiussor acceptus sit rei vel actionis, non proderit, si persona, pro qua fideiussit, in quantum facere potest, condemnanda est). Dagegen beruhen die Exekutionsbeschränkungen der EO. (Unpfändbarkeit gewisser Sachen und Forderungen) auf dem sozialpolitischen Grunde, daß eine völlige Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners durch den Gläubiger verhindert werden muß, kommen also jedem Schuldner zugute.

in Betracht kommen hierbei die Selbsthilfe (oben S. 430), die Aufrechnung (unten § 79) und das hier (unten 1) zu besprechende Zurückbehaltungsrecht. In anderen Fällen ist eine klageweise Geltendmachung einer an sich als rechtsbeständig anerkannten Forderung nicht zulässig, wohl aber ihre außergerichtliche Befriedigung (natürliche Verbindlichkeiten, unten 2).

1. Das Zurückbehaltungsrecht.

*α.* Der Schuldner darf unter gewissen Voraussetzungen die geschuldete Leistung verweigern, diese also zurückhalten, nämlich:

a. wenn er seinerseits einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat; und ferner

b. wenn diese gegenseitigen Ansprüche konnex sind, d. h. demselben rechtlichen Verhältnis entspringen. Trotz vorhandener Konnexität ist bisweilen ausnahmsweise das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen (so kann der Verwahrer die verwahrte Sache, zB. wegen Verwendungen, nicht zurückhalten, C. 4, 34, 11), und anderseits trotz nicht vorhandener Konnexität gewährt beim sog. pignus Gordianum[5]).

*β.* Das Retentionsrecht ist wie die Aufrechnung ein Anwendungsfall der exceptio doli generalis (S. 365[6], Dolo facit, qui petit quod redditurus est, D. 44, 4, 8, pr.). Für das Vorhandensein dieses Gegenrechts ist der Beklagte

---

[5]) Gordian verordnete (239 n. Chr.) in C. 8, 26, 1, 2: Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Danach sollte der Pfandgläubiger nach Tilgung der durch das Pfand gesicherten Forderung an diesem wegen etwaiger anderer persönlicher (sog. chirographarischer, d. h. bloßer Schuldschein-) Forderungen ein Zurückbehaltungsrecht haben (unten § 142 b 1 α). Anders ABGB. § 471. Das ABGB. hat überhaupt das Retentionsrecht im allgemeinen nicht aufgenommen. Doch finden sich vereinzelte Fälle. Hervorzuheben ist das Zurückbehaltungsrecht des § 1153: Der Besteller eines Werkes ist berechtigt, bei Mängeln desselben einen verhältnismäßigen Teil des Lohnes zurückzuhalten. Vgl. auch die §§ 392, 403, 980. — Von größerer Bedeutung ist das Zurückbehaltungsrecht im Handelsrechte.

beweispflichtig. Es dient aber nur zur Sicherstellung des Schuldners, der davor bewahrt werden soll, daß er eine Leistung bewirken muß, während eine mit dieser im rechtlichen Zusammenhange stehende, ebenfalls fällige Gegenleistung noch aussteht; die Aufrechnung dagegen tilgt die einander gegenüberstehenden Forderungen[6]). Wie jede Einrede (S. 362) ist das Zurückbehaltungsrecht nur auf Verlangen des Beklagten, nicht von Amts wegen zu berücksichtigen.

### 2. Die natürlichen Verbindlichkeiten.

Natürliche Verbindlichkeiten (obligationes tantum naturales, D. 20, 1, 5, pr., im Gegensatze zu den obligationes civiles, unvollkommene Schuldverhältnisse) sind solche, welche zwar nicht durch Klage erzwungen, aber vom Schuldner freiwillig erfüllt werden können, also „zahlbar aber nicht klagbar" (Brinz) sind. Da sie abgesehen von ihrer Klaglosigkeit rechtsbeständig sind, ist eine Rückforderung des auf sie in Unkenntnis ihrer Klaglosigkeit Geleisteten mit der condictio indebiti (unten § 111) ausgeschlossen (D. 46, 1, 16, 4; ABGB. § 1432); das in Kenntnis ihrer Klaglosigkeit Geleistete gilt nicht als Schenkung (D. 39, 5, 19, 4: Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio); die natürliche Verbindlichkeit kann unter Umständen zur Aufrechnung benutzt werden (D. 16, 2, 6: Etiam quod

---

[6]) Retention und Kompensation unterscheiden sich auch in ihren Voraussetzungen: die aufzurechnenden Ansprüche brauchen nicht konnex, müssen aber gleichartig sein, Voraussetzung der Retention dagegen ist gerade umgekehrt Konnexität, nicht aber Gleichartigkeit.

Besonders gestaltet nach Voraussetzungen und Wirkungen ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (HGB. Art. 313—316). Es setzt nicht Konnexität der gegenseitigen Ansprüche voraus (Art. 313), kann unter Umständen auch wegen nicht fälliger Forderungen geltend gemacht werden (Art. 314) und dient nicht nur zur Sicherstellung, sondern auch zur Befriedigung des Gläubigers (Art. 315). Es besteht anderseits nur unter Kaufleuten wegen Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften (Art. 313).

natura debetur, venit in compensationem) und als Grundlage dienen für eine Novation (D. 46, 2, 1, 1), ein Zahlungsversprechen (D. 13, 5, 1, 7), ein Pfandrecht (D. 20, 1, 5, pr.) und eine Bürgschaft (D. 46, 1, 60). Die Klaglosigkeit, aber Erfüllbarkeit ist jedoch das einzige gemeinsame Merkmal der Naturalobligationen. Im übrigen untersteht jeder der hierunter zusammengefaßten Fälle besonderen Vorschriften und nicht alle natürlichen Verbindlichkeiten haben alle vorbezeichneten Folgen.

Aus dem rR. kommen als Naturalobligationen in Betracht:

*α.* Die Verträge der Bürger mit Sklaven und der Sklaven untereinander (D. 12, 6, 13, pr., D. 44, 7, 14), ferner die Verträge des Hausvaters mit seinen Gewaltunterworfenen und dieser untereinander, besonders mit Beziehung auf ihr peculium profecticium (S. 251); vgl. hierüber die berühmte crux (S. 129) „Frater a fratre", D. 12, 6, 38.

*β.* Die von impuberes ohne tutoris auctoritas (S. 241) abgeschlossenen Rechtsgeschäfte verpflichten sie an sich nicht einmal „naturaliter"; vgl. D. 12, 6, 41: Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est, quia nec natura debet. Dennoch sind die Geschäfte Naturalobligationen, denn sie können nicht nur von den verpflichtungsfähig gewordenen Schuldnern oder mit Genehmigung des Vormunds und von dritten gezahlt, in eine Stipulationsschuld umgeschaffen (noviert) und anerkannt werden, sondern bilden auch eine genügende Unterlage für Pfand- oder Bürgschaftsbestellung durch dritte.

*γ.* Darlehnsschulden der Hauskinder sind nur Naturalobligationen; denn der condictio mutui kann die exceptio SC. Macedoniani (unten § 93 b) entgegengesetzt werden. Sie sind anderseits zahlbar (D. 12, 6, 26, 9 und 40, pr.) und geben für Pfandbestellung, Bürgschaft, Erfüllungsversprechen durch dritte oder die hausunabhängig gewordenen Schuldner eine Grundlage ab (D. 14, 6, 9 bis 11). Ob Darlehnsschulden der Hauskinder auch zur Aufrechnung benutzt werden können, ist streitig. Auf diesen

Fall stützen die Quellen den Satz, daß eine naturalis obligatio stets übrig bleibe, wenn die die Klaglosigkeit herbeiführende Einrede nicht „in favorem debitoris", sondern „in odium creditoris" gewährt sei (D. 12, 6, 40, pr.).

δ. In einigen Fällen sinkt eine von vornherein vollgültige Schuld zu einer klaglosen Naturalobligation herab, insbesondere durch capitis diminutio minima (S. 184, D. 4, 5, 2, 2), durch Verjährung (S. 333) und ungerechtfertigte Abweisung des Klägers (D. 12, 6, 28 und 60, pr.; vgl. dagegen jedoch D. 20, 6, 13).

ε. Endlich erkennt das rR. in einzelnen Fällen an, daß eine ohne rechtliche Grundlage, aber in Erfüllung einer der Sitte und dem Anstand entsprechenden Pflicht gemachte Leistung nicht zurückgefordert werden kann; so formlos versprochene[7]) und deshalb klaglose Zinsen (D. 13, 7, 11, 3, D. 46, 3, 5, 2) und die in der irrigen Annahme des Bestehens einer Verpflichtung gewährte dos (D. 12, 6, 32, 2: Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest).[8]) Vgl. auch noch D. 12, 6, 26, 12 über die operae eines Freigelassenen (oben S. 172).

---

[7]) Ob auch in anderen Fällen die wegen Fehlens einer causa civilis klaglosen nuda pacta als Naturobligationen zu behandeln sind, ist für das rR. streitig; vgl. ABGB. § 1432: „Doch können Zahlungen einer verjährten oder einer solchen Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungültig ist, . . . ebensowenig zurückgefordert werden, als wenn jemand eine Zahlung leistet, von der er weiß, daß er sie nicht schuldig ist."

[8]) Auch nach ABGB. kommen den Natural-Obligationen nicht stets die nämlichen Wirkungen zu. Die einzige allen gemeinsame Wirkung ist der Ausschluß der Rückforderung des Gezahlten. Doch ist die Frage sehr bestritten. Vgl. Unger in der österr. Gerichts-Zeitung 1888. Als Natural-Obligationen kommen für das österr. Recht in Betracht: a. verjährte Verbindlichkeiten, b. wegen Formmangels ungültige Verbindlichkeiten, c. klaglose Verbindlichkeiten. Zu den letzteren zählen die Schulden aus erlaubten Spielen und Wetten.

# Zweiter Abschnitt.

# Schuldverhältnisse aus Verträgen.

## § 71. Begründung. Inhalt des Vertrags.

### a. Allgemeines.

1. Zur rechtsgeschäftlichen Begründung und Änderung eines Schuldverhältnisses ist nach rR. grundsätzlich ein Vertrag (Schuldvertrag) erforderlich (ebenso ABGB. § 859). Nur ausnahmsweise entsteht eine obligatorische Verpflichtung durch einseitige Erklärung des Schuldners (pollicitatio).[1])

*α.* Durch votum, d. h. durch einseitiges Versprechen zu einem frommen Zweck wird eine — ursprünglich nur sakrale, später auch klagbare — Verpflichtung begründet (D. 50, 12, 2).

---

[1]) Der Begriff der Verträge beschränkt sich, wie schon S. 232 erwähnt, nicht auf das Schuldrecht. Besonders wichtig ist das Auseinanderhalten des Schuldvertrags und des dinglichen Vertrags. Durch den Schuldvertrag wird eine obligatorische Verpflichtung zu einer Leistung begründet (A ist auf Grund eines mit B geschlossenen Kaufvertrags zur Übergabe des verkauften Pferdes persönlich verpflichtet); durch den dinglichen Vertrag wird diese Leistung bewirkt, die Verpflichtung erfüllt, die durch den Schuldvertrag in Aussicht genommene Vermögensverschiebung dinglich vollzogen (A übergibt dem B in Erfüllung des Kaufvertrags das verkaufte Pferd; erst hierdurch wird B Eigentümer des Pferdes). Die Wirkung des rechtsbeständigen dinglichen Vertrags ist von der Rechtsbeständigkeit des Schuldvertrags unabhängig; insofern sind die dinglichen Verträge abstrakte Rechtsgeschäfte (B wird auch dann Eigentümer des ihm zu Eigentum übergebenen Pferdes, wenn das Kaufgeschäft nichtig ist; vgl. S. 235 und unten § 121 b 1).

β. Verpflichtend ist ferner das aus einer gerechtfertigten Veranlassung (besonders ob honorem, aber auch propter incendium vel terrae motum vel aliquam ruinam, quae rei publicae contingit, D. 50, 12, 4) erfolgende Schenkungsversprechen zugunsten einer Stadtgemeinde. Ohne eine solche iusta causa haftet der Versprechende nur, wenn die versprochene Leistung mindestens schon begonnen ist[2]).

Über die dotis dictio und die iurata operarum promissio vgl. unten S. 441[4]. [3])

2. Zur Begründung oder Änderung eines Schuldvertrags gehört bisweilen die Beobachtung einer gewissen Form (unten b). Auch der Inhalt des Schuldvertrags muß gewissen Erfordernissen entsprechen (unten c).

b. Begründung des Schuldvertrags.

Das ältere römische Schuldrecht beruhte auf dem Gegensatze von contractus und pactum. Nicht jedes duorum pluriumve in idem placitum et consensus (D. 2, 14, 1, 2, S. 232) begründete eine klagbare Verpflichtung. Vielmehr war Voraussetzung der Klagbarkeit und damit der Vollwertigkeit eines Schuldvertrags, daß er unter Beobachtung einer bestimmten Rechtsform (causa civilis) geschlossen war. Nur dann lag ein mit civilrechtlicher actio ausgestatteter Schuldvertrag (contractus) vor. Den contractus gegenüber hießen die einer causa civilis entbehrenden,

---

[2]) Vgl. D. 50, 12, 3, pr.: Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. et ideo illud est constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur, et est constitutum. An anderen Stellen bedeutet pollicitatio übrigens (formlosen) Vertrag, zB. D. 18, 1, 43, 1, C. 8, 37, 5, so anscheinend bei der pollicitatio dotis, C. 5, 11, 6; unten § 146 a 3 β.

[3]) Eine weitaus größere Bedeutung haben einseitige Verpflichtungserklärungen im modernen Recht; zB. die Auslobung, die Anweisung, die Ausstellung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber und an Order. Vgl. ferner S. 282 über die bindende Kraft der Offerte.

daher — wenigstens nach Civilrecht, unten 2 — klaglosen Verträge: pacta.

1. Contractus.

Als causae civiles kommen im entwickelten rR. in Betracht (I. 3, 13, 2): verba, litterae, res, consensus. Danach sind vier Gruppen von contractus zu unterscheiden: Verbalkontrakte, begründet in einer gewissen Wortform, Literalkontrakte, beruhend auf einer Schriftform, Realkontrakte, d. h. auf Rückgabe gehende Schuldverträge, bei denen die Verpflichtung zur Rückgabe durch die Hingabe begründet wird, und Konsensualkontrakte, bei denen ausnahmsweise die bloße Willenseinigung einen klagbaren Schuldvertrag erzeugt.

α. Verbalkontrakte.

Der wichtigste[4]) und im späteren Rechte — wenigstens für die Begründung[5]) von Schuldverhältnissen — allein noch bedeutungsvolle Verbalkontrakt ist die Stipulation.

a. Stipulatio[6]) ist ein Formalvertrag, der geschlossen

---

[4]) Andere Verbalkontrakte sind, abgesehen von dem nur dem ältesten ius civile angehörenden nexum (S. 147): das eidliche Versprechen eines Freigelassenen zur Leistung von Diensten (iurata operarum promissio, S. 172) und das mündliche Versprechen einer Mitgift (dotis dictio) seitens einer Frau oder des von ihr angewiesenen Schuldners oder eines ihrer Vorfahren väterlicherseits. Beide Akte bedurften nicht der Stipulationsform (Frage und Antwort), um den Versprechenden zu verpflichten, vielmehr genügte seine einseitige formelle Erklärung. Sie werden von manchen aber doch als Verträge behandelt, weil der Erklärungsempfänger anwesend sein und somit die Erklärung, wenn auch nur stillschweigend, annehmen mußte. Andere dagegen zählten diese Vorgänge zu den Fällen gültigen einseitigen Versprechens (S. 439).

[5]) Wohl aber erhielt sich für die Aufhebung von Schuldverhältnissen ein der stipulatio genau entsprechender Vorvertrag, die acceptilatio. Hierbei fragt der bisherige Schuldner den Gläubiger, ob er befriedigt sei (Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? Acceptum habeo). Vgl. unten § 80.

[6]) Vgl. I. 3, 15: De verborum obligatione, D. 45, 1: De verborum obligationibus, C. 8, 37: De contrahenda et committenda stipulatione G. 3, 92—109. Über die Bedeutung des

wird durch eine Anfrage des Gläubigers (reus stipulandi, stipulator; stipulari = ausbedingen, sich versprechen lassen) an den Schuldner, ob er sich zu einer bestimmten Leistung verpflichte, und der bejahenden, mit der Frage wörtlich übereinstimmenden Antwort des Schuldners (reus promittendi, promissor). Ursprünglich waren bestimmte Wortformeln vorgeschrieben. Die älteste, von einer Weinspende (σπονδή, unter Selbstverwünschung für den Fall des Vertragsbruchs) begleitete religiöse und daher nur unter römischen Bürgern anwendbare Form war die sponsio (S. 152): „Decem dare spondes?" „Spondeo". Später konnten irgend welche Formeln verwendet werden; nur blieb die sponsio als Form des ius civile stets auf römische Bürger beschränkt. Bei Beteiligung von Peregrinen verwendete man die Ausdrücke promittis? dabis? facies? usw. Die Vertragschließenden konnten sich nunmehr aber auch einer anderen als der lateinischen Sprache, ja für Frage und Antwort sogar verschiedener Sprachen bedienen, sofern nur alle Beteiligten dieser kundig waren (D. 45, 1, 1, 6). Endlich wurde durch ein Gesetz des Kaisers Leo (472 n. Chr., C. 8, 37, 10) die Verwendung bestimmter Wortformen überhaupt für unerheblich erklärt [7]).

Über die Stipulation pflegte eine Urkunde (cautio) aufgenommen zu werden, welche entweder nur (abstrakt) den Stipulationsvorgang selbst bezeugte (cautio indiscreta s. quae indiscrete loquitur) oder außerdem auch das der Verpflichtung zugrunde liegende Rechtsgeschäft wiedergab (cautio discreta). In der republikanischen Zeit pflegte die cautio in der dritten, in der Kaiserzeit in der ersten

---

Wortes stipulatio sagt I. 3, 15, pr.: quae hoc nomine inde utitur, quia „stipulum" apud veteres „firmum" appellabatur, forte a stipite (Stamm) descendens.

[7]) I. 3, 15, 1 . . . sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leoniana constitutio lata est, quae sollemnitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.

Person[8]) abgefaßt zu werden (S. 99[6]). Allmählich trat das geschriebene Wort völlig an die Stelle des gesprochenen. War eine cautio aufgenommen, so wurden die Stipulationsförmlichkeiten als geschehen fingiert (I. 3, 20, 8: „ut, quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum"). Damit wandelte sich der Verbalkontrakt tatsächlich in einen Literalkontrakt um, nur daß die Parteien ihn persönlich abschließen mußten. Der Gegenbeweis gegen eine durch cautio bezeugte Stipulation war schließlich nach Justinians Vorschrift nicht mehr dahin zulässig, daß die Stipulationsförmlichkeiten nicht beobachtet seien, sondern nur dahin, daß eine der in der cautio aufgeführten Personen zur Ausstellungszeit sich nicht am Ausstellungsorte befunden habe (C. 8, 37, 14, 2, I. 3, 19, 12).

b. Aus der vorstehend geschilderten Form der stipulatio ergeben sich als Voraussetzungen ihrer Gültigkeit:

1) Beide Parteien müssen persönlich während des ganzen Vorgangs[9]) zugegen sein und einander verstehen

---

[8]) Vgl. zB. die „Lex Lecta" (eine crux, S. 129, D. 12, 1, 40 Paulus): Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani praefecti praetorio iuris consulti cautio huiusmodi: Lucius Titius scripsi, me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo et haec quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Publius Maevius, spopondi ego Lucius Titius".

Eine solche cautio heißt „discreta" weil sie die causa debendi (hier Darlehen) „bestimmt" angibt. Der Sprachgebrauch ist für den Anfänger mitunter verwirrend, weil wir als „diskret" gerade umgekehrt einen Vorgang bezeichnen, der verhüllt bleiben soll, oder einen Menschen, der nicht sagt, was er weiß.

[9]) Das rR. kannte selbst in seiner spätesten Entwicklung keine unmittelbare Stellvertretung beim Abschlusse von Schuldverträgen (S. 300), ebensowenig Verträge zugunsten dritter (unten § 73 a). Bezüglich der Stipulation insbesondere galt der Satz (D. 45, 1, 32, 17): Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur. Dagegen konnte der stipulator bei Abschluß der Stipulation einen Nebengläubiger (adstipulator) zuziehen. Dem promissor gegenüber waren stipulator und adstipulator Gesamtgläubiger (unten § 84 c), jeder konnte die Stipulationsschuld allein und im eigenen Namen geltend machen. Zueinander standen stipulator und adstipulator dagegen im Verhältnisse von

können. Taube und Stumme können daher keine Stipulation abschließen (D. 45, 1, 1, pr.; S. 245).

2) Anfrage des Gläubigers und Erklärung des Schuldners müssen ursprünglich dem Inhalt nach genau übereinstimmen. Nach klassischem Rechte (D. 45, 1, 1, 4) gilt bei Abweichung zwischen Frage und Antwort dem Umfange nach der Vertrag soweit, als Übereinstimmung vorliegt, für geschlossen. Geht aber zB. die Frage auf eine bedingte, die Antwort auf eine unbedingte Verpflichtung, so kommt ein Vertrag überhaupt nicht zustande.

c. Die Wirkung der rechtsgültigen Stipulation ist: der Schuldner ist aus seinem Wort und nach Maßgabe seines Worts verpflichtet. Das bedeutet: die Stipulation begründete eine selbständige (abstrakte) und in sich genau bestimmte (strikte) Verpflichtung des Schuldners.

1) Die Stipulation begründete eine abstrakte Verpflichtung des Schuldners. Der Gläubiger stützte sich bei Geltendmachung des durch die Stipulation für ihn geschaffenen Rechts ausschließlich auf die stipulatio, ohne etwa das Geschäft darlegen zu müssen, welches die Veranlassung zum Abschlusse der stipulatio gegeben hatte. Der Schuldner

---

Auftraggeber und Beauftragtem (G. 3, 110 ff.). Der adstipulator hatte also die Stellung eines fiduziarischen Gläubigers (S. 255[5]). Das zweite Kapitel der lex Aquilia (unten § 112 b 3), das nach Einführung der actio mandata directa „in desuetudinem abiit" (D. 9, 2, 27, 4), gab eine Ersatzklage strafrechtlicher Natur gegen den adstipulator, der mit dem Schuldner „in fraudem creditoris" einen Erlaßvertrag (acceptilatio) abgeschlossen hatte. Über den Unterschied zwischen adstipulator und solutionis causa adiectus vgl. unten § 77 a 5.

Der Zweck der adstipulatio war einmal, die im früheren Rechte beschränkte Stellvertretung im Prozesse zu ermöglichen; ferner wurde dadurch die Unmöglichkeit einer stipulatio post mortem suam, d. h. zugunsten seiner Erben („ab heredibus incipere obligationem non posse") umgangen (G. 3, 117). Im justin. Recht ist die adstipulatio mit Beseitigung der ihre Verwendung veranlassenden Gründe (hinsichtlich der stipulatio post mortem vgl. l. un. C. 4, 11, unten § 73 a 2 e) fortgefallen.

Auch auf der Schuldnerseite können neben dem Hauptschuldner andere Personen als Nebenschuldner (adpromissores) zugezogen werden, besonders zum Zwecke der Verbürgung; unten § 105 c.

haftete aus seiner formellen Erklärung genau so, wie heute der Akzeptant eines gezogenen Wechsels aus seinem Akzept.

Allmählich trat jedoch eine Abschwächung der abstrakten Natur der Stipulation ein. Zunächst konnte der Schuldner, wie bei jeder abstrakten Verpflichtung (S. 235), nachweisen, daß der durch die Stipulation formell bewirkte Rechtserwerb materiell fehlerhaft war. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden. Die Stipulation (und die Ausstellung der cautio) kann erfolgen entweder wegen eines in der Vergangenheit liegenden Grunds, zB. bei Umwandlung (unten § 76 b) einer Kauf- oder Mietschuld in eine Stipulationsschuld (sog. stipulatio debiti), oder in Erwartung eines zukünftigen Umstands, zB. es wird die Rückzahlung einer Summe versprochen, die der Versprechende von dem stipulator als Darlehen erhalten soll (sog. stipulatio ob causam). Der Versprechende konnte nun im ersten Falle bei Ungültigkeit des unterliegenden Geschäfts mit einer condictio indebiti, im letzteren Falle bei Nichteintritt des vorausgesetzten Umstands mit einer condictio causa data causa non secuta sein Versprechen anfechten. Machte der Stipulator das Versprechen klageweise geltend, so konnte der beklagte Promissor der Klage mit einer exceptio doli generalis (S. 365[6]) entgegentreten. In dem häufigen Falle, daß ein Rüzahlungsversprechen abgegeben wurde, bevor der Versprechende die Zahlung empfangen hatte, bezeichnete man die gegen die Rückzahlungsklage gerichtete exceptio doli als exceptio non numeratae pecuniae, die noch besonderen Vorschriften unterlag[10]).

---

[10]) Weil Darlehnsempfangsscheine vielfach vor erfolgter Auszahlung des Darlehns ausgehändigt wurden, wurde in der Kaiserzeit bestimmt, daß sie erst mit Ablauf einer bestimmten Zeit nach Ausstellung den Empfang des Darlehns beweisen sollten, und auch dann nur, sofern der Aussteller sie nicht inzwischen (mit der querela oder protestatio non numeratae pecuniae) angefochten haben würde. Diese Frist betrug bis Diokletian 1 Jahr, dann 5 Jahre, seit Justinian 2 Jahre (C. 4, 30: De non numerata pecunia; vgl. I. 3, 21). Ebenso wie Darlehnsschuldscheine (und Empfangsbekenntnisse in Dotalverträgen, unten § 146[4]) erlangten umgekehrt auch Quittungen

Solange sich nun die Beweislast hierbei so regelte, daß der stipulator als genügenden Klagegrund nur den Abschluß der Stipulation durch Vorlegung der cautio nachzuweisen brauchte und der promissor seine Einwendungen beweisen mußte, blieb die abstrakte Natur der Stipulation immer noch gewahrt. Im Corpus iuris finden sich aber Stellen, aus deren Wortlaute zu folgern ist, daß nach justinianischem Rechte nur eine cautio discreta genügender alleiniger Klagegrund war, während eine cautio indiscreta für sich keinen Klagegrund bildete, so daß der stipulator noch die „unterliegende causa" beweisen mußte. Damit war die Stipulation aus einem abstrakten zu einem kausalen Rechtsgeschäfte geworden [11]).

---

des Gläubigers (apöchae) über den Rückempfang eines Darlehns erst nach Ablauf einer gewissen Zeit (nämlich von 30 Tagen) seit Ausstellung Beweiskraft (C. 4, 30, 14, 1 und 2; unten § 77[6]). Diese Vorschriften sind in das ABGB. nicht übergegangen.

[11]) In C. 4, 30, 3 ist dem aus einer stipulatio ob causam und einer darüber errichteten cautio klagenden Gläubiger der Beweis aufgebürdet, wenn der Beklagte den Empfang der zurückgeforderten Summe bestreitet: „Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur". In D. 22, 3, 25, 4 scheint Paulus jedoch ganz allgemein dem aus einer cautio indiscreta klagenden Gläubiger die Beweislast dafür aufzulegen, daß die darin bezeichnete Schuld rechtsgültig besteht. „Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. sin autem cautio indebite exposita esse dicatur et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit: tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit sese haec indebite promisisse". Nach der herrschenden Meinung ist diese Stelle bei der Aufnahme in die Digesten mit Rücksicht auf C. 4, 20, 3 verändert (interpoliert, S. 128) worden.

Die ältere gemeinrechtliche Lehre hielt demgemäß daran fest, daß ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes kein selbständiges Klagefundament bilde, erkannte also nur kausale Schuldverträge an. Erst in neuerer Zeit sind (insbesondere von Otto Bähr in seinem epochemachenden Werke „Die Anerkennung

2) Die Stipulation war ein negotium stricti iuris (S. 355), begründete also eine streng einseitige, nach Art und Umfang genau bestimmte („strikte") Schuld. Daher haftete der promissor nur auf das ausdrücklich Versprochene, also mangels besonderen Versprechens weder für Verzugszinsen, noch für Früchte, noch für sonstigen Schadensersatz, falls er seine Verpflichtung schuldhafterweise nicht oder nicht rechtzeitig erfüllte. Ja selbst für dolus wurde nur gehaftet, wenn die doli clausula („dolum malum huic rei promissionique abesse abfuturumque esse" D. 45, 1, 121, pr., oder „ex fide bona" oder „recte dari fieri") in die Stipulation aufgenommen war. Während bei den bonae fidei negotia die dem Hauptgeschäfte beim Abschlusse zugefügten formlosen Nebenabreden über Art, Ort und Zeit der Erfüllung (pacta in continenti adiecta, unten § 71 b 2) gültig waren, galt bei der Stipulation nur das in diese Aufgenommene (S. 444). Freilich konnte zur Auslegung der Bedeutung einer Stipulation auch auf das bei ihrem Abschlusse Verhandelte Rücksicht genommen werden. Das bedeutet der Satz der lex Lecta (D. 12, 1, 40, S. 136): „pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur".

Die Stipulation war eine für alle Arten von Schuldverpflichtungen verwendbare Rechtsform. Die römischen Juristen entwickelten an ihr die meisten der heute im sog. „Allgemeinen Teile des Rechts der Schuldverhältnisse" dargestellten Grundsätze. Die Stipulation diente einmal zur Begründung einer Schuldverpflichtung, indem jedes ohne anderweite Rechtsform vorgenommene und daher (§ 71 b 2) klaglose pactum (zB. ein Zinsversprechen, eine Bürgschaft, das Versprechen einer Vertragsstrafe) durch Einkleidung in die Stipulationsform klagbar gemacht werden konnte; anderseits zur Umwandlung (Novation) einer schon

---

als Verpflichtungsgrund", 1885) die abstrakten Schuldverträge zu neuem Leben erweckt worden. Für das österr. Recht kommen als abstrakte Verträge in Betracht die Wechselerklärungen und die kaufmännische Anweisung. Ob es auch im allgem. bürgerl. Recht abstrakte Verträge gäbe, insbesondere ob es abstrakte Verbalkontrakte gäbe, ist sehr bestritten.

anderweit rechtsgültig begründeten, kausalen Verpflichtung in eine abstrakte und deshalb leichter einklagbare Schuld[12]).

Der Stipulation als einem abstrakten Vertrag entsprang auch eine abstrakte, also nur den Klageantrag, nicht den Klagegrund wiedergebende Klageformel, eine condictio. Diese hieß condictio certi, wenn durch die Stipulation das dare (S. 397) von certa pecunia, condictio triticaria (von triticum, Getreide, dem hauptsächlichsten Vertragsgegenstand außer Geld), wenn das dare einer anderen

---

[12]) Hatte zB. A als Käufer mit B als Verkäufer einen — nudo consensu rechtsgültigen, § 71 b I δ — Kaufvertrag abgeschlossen, so konnten sie die hieraus entspringenden, gegenseitigen Verpflichtungen in Stipulationsschulden umschaffen (novieren, unten § 76 b). Da die Stipulation lediglich einseitige Verpflichtungen des promissor herstellen konnte, so waren natürlich zwei Stipulationen erforderlich: A stipulierte von B die Leistung der Kaufsache (Stichum mihi dare spondes?), B von A die Zahlung des Kaufgeldes (centum mihi dare spondes?).

Bei der Umwandlung einer anderweit begründeten Verpflichtung in eine Stipulationsschuld kann übrigens an die Stelle einer der bisherigen Vertragsparteien eine andere treten (sog. Novationsstipulation mit Personenwechsel), entweder an die Stelle des Schuldners (zB. A schuldet dem B ein Darlehen von 1000 K., C verpflichtet sich zwecks Befreiung des A durch Stipulation dem hiermit einverstandenen B gegenüber zur Zahlung, sog. Expromission und passive Delegation) oder an die Stelle des Gläubigers (zB. B weist seinen Schuldner A an, statt an ihn an C zu leisten und letzterer stipuliert die Leistung von A, sog. aktive Delegation, unten § 76 b).

Eine besondere Anwendung der Novationsstipulation ist die von Aquilius Gallus entworfene stipulatio Aquiliana. Hierbei werden sämtliche zwischen zwei Personen bestehende Geschäftsbeziehungen in Geld berechnet, der „Saldo" wird durch Stipulation festgestellt und nach Zahlung durch Akzeptilation ausgeglichen (Generalquittung); vgl. D. 46, 4, 18, 1: Eius rei stipulatio, quam acceptio sequatur, a Gallo Aquilio talis exposita est: „Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu meum habes tenes possides: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius". „quod Numerius Negidius Aulo Agerio promisit spopondit, id haberetne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit, Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit"; vgl. unten § 80 a.

certa res, condictio incerti, wenn eine sonstige Leistung, zB. ein facere, versprochen war[13]).

β. Literalkontrakt.

Der Literalkontrakt des älteren römischen Rechts beruht auf der Gewohnheit jedes römischen Hausvaters, gewisse Geschäftsbücher[14]) ordnungsmäßig zu führen. Die Eintragungen hatten im allgemeinen keine schuldbegründende, sondern nur schuldbeweisende Bedeutung. Nur durch die Eintragung in den codex accepti et expensi wurde eine wahre abstrakte Buchschuld begründet, dergestalt, daß der Gläubiger in gleicher Weise auf Grund der bloßen Eintragung klagen konnte, wie (nach klassischem Rechte, S. 442) auf Grund der stipulatio und der darüber aufgenommenen cautio, ohne die materielle causa der Bucheintragung darlegen zu müssen. Die Begründung einer solchen Buchschuld geschah in folgender Weise. Sollte A zum Buchschuldner des B werden, so trug B (also der Gläubiger) in seinen codex accepti et expensi (wie man heute sagen würde: auf der Debetseite von As Kontokurrentblatt) die Schuldpost (nomen) als an A gezahlt ein (expensum ferre sc. de-

---

[13]) Neben der condictio incerti (aber nicht neben der condictio certi, D. 12, 1, 24) stand dem stipulator noch eine actio ex stipulatu zu Gebot, in deren Formel als Klagegrund die Stipulation angegeben war: „Quod $A^s$ $A^s$ de $N^o$ $N^o$ incertum stipulatus est, quidquid ob eam rem $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ dare facere oportet, condemna, si non paret absolve".

[14]) Abgesehen von Kladden oder Tagebüchern (adversaria, ephemeris) zur einstweiligen Eintragung führte der römische Hausvater als Geschäftsbücher, in welche allmonatlich Eintragungen gemacht zu werden pflegten:

a. ein liber patrimonii (libellus familiae, Hauptbuch, Inventar), in dem sein Vermögen nach den einzelnen Gattungen verzeichnet war;

b. ein calendarium zur Aufzeichnung der auf Zinsen geliehenen Kapitalien, benannt nach der allmonatlich an den calendae erfolgenden Zinszahlung;

c. einen codex rationum domesticarum (Kassabuch);

d. einen codex accepti et expensi (s. o.).

Vgl. G. 3, 128—134.

bitori, expensilatio). Damit ist, vorausgesetzt natürlich, daß B im Einverständnisse (iussu) mit A gehandelt hatte, As Buchschuld begründet. A trug der Ordnung wegen die übernommene Verpflichtung in seinen codex ein (expensum referre sc. creditori); für die Rechtsbeständigkeit seiner Schuld war dies jedoch unerheblich.

Genau so wie die stipulatio (S. 441) konnte auch die expensilatio und die dadurch hergestellte abstrakte[15]) litterarum obligatio dienen: entweder zur Begründung oder zur Umwandlung (Novation) eines Schuldverhältnisses und zwar in letzterem Falle (sog. nomen transcripticium) entweder mit oder ohne Personenwechsel. Bei der zwecks Umschaffung vorgenommenen expensilatio ohne Personenwechsel (sog. transcriptio a re in personam) handelt es sich nur um Verwandlung einer materiellen (zB. Kaufschuld) in eine abstrakte (Buch-) Schuld. Bei der Umschreibung mit Personenwechsel (transcriptio a persona in personam) handelt es sich (wie bei der expromissio, unten § 105 c) um den Eintritt eines neuen Schuldners oder (wie bei der aktiven Delegation, unten § 76 b) um den Eintritt eines neuen Gläubigers.

Die Löschung einer Buchschuld (acceptilatio) vollzog sich in umgekehrter Weise wie ihre Begründung. Hierbei trug der Schuldner in seinen codex accepti et expensi (wie man heute sagen würde, auf der Debetseite des Kontokurrentblatts des Gläubigers) die Schuldposten als vom Gläubiger empfangen ein (acceptum ferre sc. creditori). Damit war, natürlich vorausgesetzt, daß dies im Einver-

---

[15]) Durch die expensilatio wurde regelmäßig eine abstrakte Verpflichtung begründet. Ausnahmsweise konnte aber ein Posten unter Angabe des Schuldgrunds eingetragen werden, besonders als Darlehen (ex arca). Dann sprach man von nomen arcarium. Durch eine derartige expensilatio wurde nur eine kausale Verpflichtung des Schuldners begründet. Der Gläubiger mußte also die erfolgte Zahlung und den Schuldgrund nachweisen, und die Eintragung hatte hier nicht, wie beim gewöhnlichen „nomen", die Bedeutung der Schuldbegründung, sondern höchstens die eines Beweisgrunds für die erfolgte Zahlung (G. 3, 131: arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere).

ständnisse mit dem Gläubiger geschehen war, die Buchschuld getilgt und zwar ebenfalls abstrakt, also gleichgültig, auf welchem materiellen Rechtsgrunde (Zahlung, Erlaß, Aufrechnung) die — wie man heute im Grundbuchverkehre sagen würde — „Löschungsbewilligung" des Gläubigers beruht. Dieser trug in seinen codex accepti et expensi die Tilgung ebenfalls ein (acceptum referre sc. debitori); dies war aber unerheblich für die Rechtsbeständigkeit der literalen Akzeptilation.

Der Literalkontrakt stand als Rechtsform des ius civile nur den cives Romani offen; nach Ansicht der Sabinianer konnte aber durch Umschreibung a re in personam auch ein Peregrine Schuldner werden (G. 3, 133). In der Kaiserzeit hörte die Führung der Bücher durch den Hausvater auf, und damit verfiel diese Geschäftsform. Justinian behandelt in I. 3, 21 (De litterarum obligatione) den der querela non numeratae pecuniae nicht mehr ausgesetzten, also vor länger als zwei Jahren ausgestellten (S. 445[10]) Darlehnsschuldschein als einen Literalkontrakt neueren Rechts („sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scripturā obligetur"). In Wahrheit handelt es sich hierbei nur um ein unanfechtbar werdendes Beweismittel, wobei noch vorausgesetzt ist, daß in dem Scheine die causa angegeben ist[16]).

### γ. Realkontrakte.

Realkontrakte (G. 3, 90f., I. 3, 14: Quibus modis re contrahitur obligatio) sind Verträge, bei denen durch die Vorleistung (res) des einen Teils auch ohne Einkleidung in eine Wort- oder Schriftform eine klagbare Leistungspflicht des anderen Teils begründet wird. Das entwickelte rR. unterscheidet zwei Klassen: die benannten und die unbenannten Realkontrakte.

a. Benannte Realkontrakte, d. h. mit einer bestimmten Bezeichnung und einer eigenen Klageformel ver-

[16]) Dagegen kann man heute den Wechsel, die kaufmännische Anweisung und die meisten Inhaberpapiere als Literalobligationen des neuen Rechts bezeichnen; unten §§ 107, 109.

sehene, sind: mutuum (Darlehen), depositum (Hinterlegung), commodatum (Leihe), pignus (Verpfändungsvertrag). Ihnen allen ist gemeinsam, daß durch eine Leistung die klagbare Pflicht zur Rückleistung erzeugt wird. Hierbei unterscheidet sich das mutuum aber wesentlich von den drei anderen Kontrakten.

1) Während nämlich beim depositum, commodatum und pignus das zur Verwahrung, zur leihweisen Benutzung oder zwecks Sicherung wegen einer Forderung Hingegebene in natura zurückgegeben werden muß, geht es beim Darlehen in das Eigentum des Empfängers über, so daß nicht die empfangenen Sachen (Geldstücke oder sonstige vertretbare Sachen), sondern gleichwertige Sachen zurückzugeben sind (nicht „idem", sondern „tantundem eiusdem generis").

2) Ferner ist das Darlehen ein negotium stricti iuris. Die Rückgabepflicht beim Darlehen ist daher genau umschrieben, die Darlehnsklage eine condictio certi. Sollen außer der Darlehnssumme sonstige Leistungen, insbesondere Zinsen, geschuldet sein, so wird diese Pflicht durch den lediglich auf Rückgabe gehenden Realkontrakt nicht gedeckt, muß also, um klagbar zu sein, in eine besondere Rechtsform (Zinsstipulation, S. 406) eingekleidet werden.

Dagegen sind depositum, commodatum und pignus bonae fidei contractus. Beide Teile sind einander zu einem der bona fides entsprechenden Verhalten verpflichtet, und alle hieraus entspringenden Pflichten sind durch die mit der Hingabe der Sache zur Verwahrung, Nutzung oder Sicherung begründete Rechtsform gedeckt. Daher kann nicht nur der Hingebende mit der actio depositi, commodati, pigneraticia directa (S. 357) Rückgabe der Sache und für den Fall einer vom Empfänger zu vertretenden Unmöglichkeit der Rückgabe Schadensersatz verlangen, sondern es kann auch umgekehrt der Empfänger (mit einer actio depositi, commodati, pigneraticia contraria) Erstattung von Auslagen beanspruchen.

b. Seit Labeo wurde der Grundsatz geltend, daß, auch abgesehen von den vier zu den gewöhnlichsten Verkehrs-

geschäften gehörenden benannten Realkontrakten, jeder auf Austausch von Sachen oder Leistungen gerichtete Vertrag dadurch klagbar würde, daß eine Sache oder Leistung unter der Verpflichtung der Rückgabe oder einer Gegenleistung angenommen wird. Da auch hier die Annahme der Leistung als Begründungsform gilt, so handelt es sich um Realverträge. Da jedoch der Austausch der Leistungen zu viel Spielarten ermöglicht, als daß in jedem Fall eine besondere Benennung (D. 19, 5, 4: Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula) und eine besondere feststehende Klageformel aufgestellt werden könnte, so spricht man von „Innominatkontrakten" „unbenannten Realverträgen" (contractus, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt; D. 19, 5: De praescriptis verbis et in factum actionibus, vgl. C. 4, 64).

Das entwickelte rR. kennt (D. 19, 5, 5, pr.) vier Gattungen von Innominatkontrakten, nach den Formeln do (sc. hoc pacto) ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Die zwischen den Vertragschließenden gegebene Vertragserfüllungsklage wird als actio praescriptis verbis bezeichnet. Bei der Verschiedenartigkeit der möglichen Fälle mußte nämlich die Klageformel dem einzelnen Fall entsprechend gestaltet werden. Hierbei wurde an Stelle der demonstratio, der kurzen technischen Bezeichnung des Klagegrundes (S. 160[1]), eine Erzählung (praescriptio) der dem betreffenden Geschäfte zugrunde liegenden Tatsachen in die Formel eingefügt.

Bevor die Innominatkontrakte als klagbar anerkannt waren, hatte der Geber, sofern der Empfänger seinerseits den besprochenen Vertrag nicht freiwillig erfüllte, nur eine Klage auf Rückgabe des Empfangenen (condictio causa data causa non secuta, unten § 111 b 2). Das hierin liegende Rücktrittsrecht stand dem Geber aber auch nach Anerkennung der Klagbarkeit offen, so daß er bis zur Annahme der Gegenleistung die Wahl hatte, entweder mit der actio praescriptis verbis auf die Gegenleistung oder unter Ausübung des ihm zustehenden „ius poenitendi" mit der

condictio causa data auf Rückgabe der eigenen Leistung zu klagen [17]).

Die Hauptfälle der Innominatkontrakte waren: der Trödelvertrag (contractus aestimatorius: do ut reddas aut rem aut aestimationem), ausgestattet mit einer actio (praescriptis verbis) de aestimato, die für die übrigen Fälle von Innominatverträgen als Vorbild gedient hat (D. 19, 3: De aestimatoria); ferner nach der von Justinian aufgenommenen Meinung (D. De rerum permutatione 19, 4, 1, 2) der Tausch (permutatio). Die Sabinianer behandelten dagegen den Tausch als doppelseitigen Kauf und daher als Konsensualvertrag; vgl. unten § 89.

δ. Konsensualkontrakte.

Bei vier bestimmten Vertragsgattungen: dem Kauf (emptio venditio), der Miete (locatio conductio), dem Auftrage (mandatum) und der Gesellschaft (societas) tritt die Klagbarkeit ein als Folge einfacher, formloser Willenseinigung über die essentialia negotii (G. 3, 135 bis 138; I. 3, 22: De consensu obligatione). Durch Kaiser Zeno (um 480 n. Chr.) wurde als fünfter Konsensualvertrag der contractus emphytheuticarius aufgestellt (C. 4, 66, 1, unten § 131 c 1).

Während bei den Realverträgen erst die Leistung den Vertrag gültig macht, also „obligandi causa" geschieht, erfolgt bei den Konsensualverträgen die Leistung in Erfüllung des bereits nudo consensu wirksam gewordenen Vertrags, also „solvendi causa".

2. Pacta.

Abgesehen von den Konsensualverträgen begründen formlose Verträge nach älterem rR. keine klagbare Verpflichtung (D. 2, 14, 7, 4: nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem, so zB. entsteht aus dem pactum

[17]) Bestritten ist, ob der Rücktritt dem Geber nur bei Verzug des Empfängers (D. 19, 4, 1, 4) und bei Unmöglichkeit der Gegenleistung oder nach freier Willkür zustand (vgl. hierfür die vermutlich interpolierten l. 3 §§ 1, 2, l. 5, pr., § 1 D. 12, 4).

de non petendo, unten § 80, eine exceptio pacti). Das spätere Recht erkannte von diesem Grundsatz einige Ausnahmen an. Diese mit Klage „bekleideten" Fälle nannten die Glossatoren pacta vestīta (im Gegensatze zu den klaglosen nuda pacta) und unterschieden unter ihnen die pacta adiecta, praetoria und legitima.

Pacta adiecta sind die einem bonae fidei contractus sogleich beim Abschlusse zugefügten Nebenabreden (leges contractus) über Art, Ort und Zeit der Erfüllung, die, ohne daß sie in besondere Rechtsform eingekleidet zu werden brauchten, durch die Kontraktsklage erzwungen werden können (z.B. ein Zinsversprechen, S. 406, das pactum displicentiae, die lex commissoria und die in diem addictio beim Kauf, unten § 75). Pacta praetoria heißen die durch das prätorische[18]), pacta legitima die durch das Kaiserrecht mit Klagbarkeit versehenen formlosen pacta. Zu ersteren gehört das formlose Versprechen der Erfüllung einer bereits bestehenden Schuld (constitutum debiti proprii vel alieni, unten § 76[8]), das receptum arbitrii (Vertrag auf Übernahme eines Amtes als Schiedsrichter), nautarum, cauponum et stabulariorum und argentariorum (unten § 101); zu letzteren das nicht in Stipulationsform abgegebene Dotalversprechen (pactum dotis, durch Theodosius II., C. 5, 11, 6, unten § 146 a 3 $\beta$) und die Schenkung unter 500 Solidi (pactum donationis, durch Justinian, C. 8, 53, 35, 5, unten § 90 b 1).[19])

---

[18]) Vgl. D. 2, 14, 7, 7: Ait praetor: „Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo".

[19]) Vgl. D. 2, 14, C. 2, 3: De pactis.

Im neuesten rR. mußte nach Fortfall des Literalkontrakts jeder nicht zu den Real- oder Konsensualkontrakten oder den pacta vestita gehörige Vertrag in die Stipulationsform eingekleidet werden, um klagbar zu sein. Da die Stipulation in Deutschland nicht rezipiert wurde, waren im Gem. Recht alle nicht an eine besondere Form gebundenen Verträge (S. 272[7]) formlos gültig und klagbar. Der Unterschied zwischen contractus und pacta war daher fortgefallen. Das gleiche gilt für das ABGB. § 883. Das ABGB. kennt noch die

### c. Inhalt des Schuldvertrags.

Der Inhalt des Schuldvertrags wird grundsätzlich durch die freie Vereinbarung der Parteien bestimmt. Ein Schuldvertrag ist jedoch nur wirksam, wenn — abgesehen von dem Formerfordernis einzelner Verträge — die dadurch versprochene Leistung möglich, erlaubt und bestimmbar ist und — wenigstens nach rR. — einen bestimmten Vermögenswert hat.

1. Es handelt sich hier nur um die — nur bei Schuldverträgen in Betracht kommende — ursprüngliche Unmöglichkeit; über die nachfolgende Unmöglichkeit, die bei allen Schuldverhältnissen vorkommt, ist schon S. 418 gesprochen.

Etwas Unmögliches kann nicht geleistet werden (impossibilium nulla obligatio, ABGB. § 878, S. 418). Es fragt sich jedoch auch hier, ob der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Schuldvertrag völlig nichtig oder wenigstens insofern wirksam ist, als statt des Unmöglichen etwas anderes, insbesondere Geldersatz geleistet werden muß. In dieser Beziehung ist einmal zwischen der objektiven, für jedermann vorhandenen, und der bloß subjektiven, d. h. durch die persönlichen Verhältnisse eines Vertragsteils herbeigeführten Unmöglichkeit, dann zwischen der dauernden und der bloß vorübergehenden (sog. hypothetischen), ferner zwischen der gänzlichen und teilweisen Unmöglichkeit zu unterscheiden.

*α.* Ein auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist völlig nichtig[20]), begründet also weder

---

vier Realkontrakte des rR.: Verwahrungsvertrag § 957, Leihvertrag § 971, Darlehen § 983 und Pfandvertrag § 1368. Der Vertrag kommt in diesen vier Fällen erst durch die Hingabe der Sache zustande. Doch ist bereits die bloße Übereinkunft, die Sache hingeben bezw. hinnehmen zu wollen, nach den Regeln über Vorverträge (§ 936) bindend und klagbar.

[20]) Unerheblich ist, ob die Unmöglichkeit auf der Natur oder auf Rechtssatz beruht; vgl. I. 3, 19, 1 und 2: At si quis rem, quae in rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.

einen Erfüllungsanspruch noch einen Anspruch auf Leistung des Erfüllungsinteresses[21]). Dagegen berührt die bloß subjektive Unmöglichkeit, das „Unvermögen des Schuldners" (S. 418) zur Bewirkung der versprochenen Leistung, die Rechtsgültigkeit des Vertrages nicht; hat also A sich dem B zur Lieferung eines dem C gehörigen Pferdes verpflichtet, so hat er dem B sein volles Interesse zu ersetzen, wenn C sich weigert, sein Pferd zu verkaufen. Ebenso gilt natürlich Geldmangel des Schuldners als bloße subjektive Unmöglichkeit (vgl. D. 45, 1, 137, 4).

β. Liegt zur Zeit des Vertragsschlusses eine Leistungsunmöglichkeit vor, so ist der Vertrag nichtig und wird nach der auch hier anwendbaren regula Catoniana (S. 279) grundsätzlich nicht dadurch gültig, daß die Leistung später möglich wird. Nur dann ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für diesen Fall geschlossen ist (sog. hypothetische Unmöglichkeit) oder wenn er unter einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung geschlossen ist und die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder Befristung gehoben wird[22]).

---

Idem iuris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani iuris esse credebat, vel publicam, quae usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cuius commercium non habuit, vel rem suam dari quis stipuletur.

[21]) Des sog. positiven Vertragsinteresses, d. h. desjenigen Schadens, den der andere Teil dadurch erleidet, daß der Vertrag nicht erfüllt werden kann. Dagegen hat derjenige Vertragsteil, der bei Schließung des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß, der sich also, wie man sagt, in einer culpa in contrahendo befindet, dem anderen Teile das sog. negative Vertragsinteresse, d. h. den Schaden zu ersetzen, den er dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, jedoch nicht über das positive Vertragsinteresse hinaus. Verkauft also A wissentlich dem B ein extra commercium befindliches Grundstück, das einen Wert von 200000 K. hat, für 100000 K., so kann B, wenn er diese Eigenschaft des Grundstücks nicht kennt, von A zwar nicht 100000 K. ersetzt verlangen (positives Vertragsinteresse), wohl aber zB. Ersatz der von ihm für die notarielle Beurkundung des Kaufs gezahlten Kosten (negatives Vertragsinteresse).

[22]) Vgl. D. 45, 1, 31: Si rem meam sub condicione stipuler, utilis est stipulatio, si condicionis existentis tempore

γ. Wird Unmögliches mit Möglichem versprochen, bleibt der Vertrag in Ansehung des Möglichen gültig; betreffs des Unmöglichen gelten die oben aufgestellten Regeln (ABGB. § 882).

2. Erlaubte Leistung.

Wie jedes Rechtsgeschäft (S. 274), so ist auch der Schuldvertrag nichtig, wenn er einen gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßenden Inhalt hat (ABGB. §§ 878 u. 879).

3. Bestimmbare Leistung.

Art und Umfang der Leistung brauchen nicht bestimmt zu sein, brauchen sich also nicht unmittelbar aus dem Vertrage zu ergeben (certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, D. 45, 1, 74); es genügt vielmehr, daß der Vertragsgegenstand bestimmbar ist, d. h. in zuverlässiger Weise ermittelt werden kann[23]). Die Bestimmung kann zB. auch dem billigen Ermessen (arbitrium boni viri) eines Vertragsteils oder eines Dritten, ja sogar dem freien Belieben eines Dritten überlassen werden, nicht aber dem freien Belieben eines Vertragsteils, weil dadurch der Vertrag jedes greifbaren Inhalts entbehren würde[24]).

---

mea non sit; vgl. D. 45, 1, 83, 5: Sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam (ut forum aut basilicam) aut hominem liberum inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri et usibus publicis relicta in privatos usus reverti et ex libero servus fieri potest; ferner D. 18, 1, 34, 2: Liberum hominem scientes emere non possumus. sed nec talis emptio aut stipulatio admittenda est: „cum servus erit", quamvis dixerimus futuras res emi posse: nec enim fas est eiusmodi casus exspectare. Diese Beschränkung gilt für das moderne Recht nicht mehr.

[23]) Vgl. zB. D. 18, 1, 7, 1: Huiusmodi emptio „quanti tu eum emisti", „quantum pretii in arca habeo", valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione: magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est.

[24]) Vgl. D. 45, 1, 108, 1: Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit. Vgl. ferner

### 4. Vermögenswert der Leistung.

Nach rR. gilt der Satz: ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt (D. 40, 7, 9, 2). Ursprünglich forderte man sogar ein eigenes und unmittelbares Vermögensinteresse des Gläubigers. Dies wurde für stricti iuris negotia, also Stipulationsschulden, auch im neuesten Rechte festgehalten (D. 45, 1, 38, 17): Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Für bonae fidei negotia trat jedoch eine Milderung ein (D. 17, 1, 54, pr.: placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam); zB. konnte man einen Sklaven mit der Auflage verkaufen, daß der

---

D. 18, 1, 7, pr. und 23, 3, 69, 4. Die Bestimmung des Kaufpreises und Mietzinses — wohl aber der Beteiligung bei Gesellschaftsverträgen D. 17, 2, 6 — konnte nicht einmal dem billigen Ermessen eines Beteiligten überlassen werden; vgl. D. 18, 1, 35, 1 (Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: „quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum“) und D. 19, 5, 22. Dies gilt für das moderne Recht nicht mehr. Ist zweifelhaft, ob das billige oder das freie Ermessen maßgebend sein soll, so spricht die Vermutung für das billige Ermessen (D. 50, 17, 22, 1). War die Bestimmung dem freien Ermessen des Dritten überlassen, so ist sein Ausspruch ohne weiteres maßgebend, soll aber das arbitrium boni viri entscheiden, so ist, da hier ein objektiver Maßstab möglich ist, bei offenbarer Unbilligkeit (manifesta iniquitas, vgl. D. 17, 2, 79) Korrektur des Ausspruchs durch den Richter zulässig; vgl. D. 17, 2, 76: Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesiturum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso — auf Grund eines Schiedsvertrags, unten § 101 b — ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium rediqi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.

Käufer ihn nach bestimmter Zeit freilassen müßte. Doch mußte wegen der Geldkondemnation (S. 351) auch hier mindestens ein mittelbares Vermögensinteresse nachweisbar sein[25]). Vgl. oben S. 397[1].

## § 72. Gegenseitiger Vertrag.

Bei den gegenseitigen Verträgen (contractus bilaterales aequales, oben S. 232, zB. Kauf, Miete, Gesellschaft) gehört es zum Begriff und Wesen, daß beide Teile von vornherein zu Leistungen verpflichtet sind. Bei ihnen stehen also Leistung und Gegenleistung begrifflich in einem notwendigen Abhängigkeitsverhältnisse zu einander (D. 50, 16, 19: ultro citroque obligatio, quod Graeci *συνάλλαγμα* vocant, davon „synallagmatische Verträge") und daraus ergeben sich Besonderheiten für ihre rechtliche Behandlung.

### a. Exceptio non adimpleti contractus.

Die gegenseitige Abhängigkeit der beiderseitigen Ansprüche zeigt sich vor allem in dem Satze, daß — mangels einer Abrede oder einer besonderen gesetzlichen Vorschrift, wonach ein Teil „vorzuleisten" hat (wie zB. bei der Miete der Vermieter, ABGB. § 1100) — kein Teil die Gegenleistung anders als Zug um Zug gegen Bewirkung der eigenen Leistung beanspruchen darf (ABGB. §§ 1052, 1062, 1100 u. a). Jeder Teil kann zwar nach rR. (und österr. Recht) die ihm obliegende Leistung einklagen; der Gegner ist aber berechtigt, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegen-

---

[25]) Nach modernem Recht ist der Vermögenswert der Leistung kein unentbehrliches Moment des Schuldvertrags; vielmehr genügt jedes schutzwürdige Interesse (zB. Verpflichtung, zu bestimmten Stunden nicht Klavier zu spielen, sich des Genusses geistiger Getränke zu enthalten). Es fragt sich bei derartigen Abreden jedoch, ob ein wirkliches Schuldverhältnis oder nur eine Verpflichtung gesellschaftlicher oder sittlicher Natur begründet werden sollte. Doch ist zu beachten, daß das ABGB. Entschädigung wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, nur in bestimmten Fällen gewährt (S. 413[14]).

leistung zu verweigern[1]). Im Formularverfahren mußte der Beklagte, um nur zur Leistung Zug um Zug gegen Empfang der Gegenleistung verurteilt zu werden, die Einrückung einer exceptio doli generalis, der später sog. exceptio non adimpleti contractus (Einrede des nicht erfüllten Vertrages), in die Formel veranlassen (C. 8, 44, 5). Eine solche exceptio wurde zuerst gegenüber dem argentarius gegeben, der den Kaufpreis für versteigerte Sachen einklagte, bevor er die Sachen übergeben hatte, später allgemein, zB. gegenüber der actio venditi auf Zahlung des Kaufpreises nach der Formel (D. 19, 1, 25): „si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est". Dies Weigerungsrecht bleibt grundsätzlich bis zur völligen Bewirkung der Gegenleistung bestehen (D. 19, 1, 13, 8).

b. Einfluß einseitiger Leistungsunmöglichkeit.

Wegen der wechselseitigen Abhängigkeit ist die Leistungspflicht jedes Teils grundsätzlich — vgl. oben S. 240 über die negotia claudicantia — davon abhängig, daß die des Gegners zu Recht besteht. Ist daher die Leistung auch nur eines Teils von vornherein unmöglich, so ist der ganze Vertrag nichtig. Wird dem einen Teil nach Abschluß des Schuldvertrags die Erfüllung unmöglich, so kommt es darauf an, ob der die Leistungsunmöglichkeit herbeiführende Umstand

---

[1]) Hiernach gehört die Behauptung, daß die eigene Leistung schon bewirkt ist oder daß der Gegner vorzuleisten hat, nicht zur Begründung der Klage; vielmehr ist es Sache des Beklagten, den Anspruch auf die Gegenleistung geltend zu machen. Hieraus ist jedoch nicht der Schluß zu ziehen, daß der die exceptio non adimpleti contractus vorschützende Beklagte die Grundlage derselben zu erweisen habe. Vielmehr ist das Vorbringen des Beklagten nur „negative Litiskontestation", nämlich Bestreiten der Begründetheit des Anspruchs des Klägers. Dieser muß also beweisen, daß er seine Leistung schon bewirkt hat oder daß der Beklagte vorzuleisten hat, sonst kann der Beklagte nur zur Leistung Zug um Zug verurteilt werden. Anders ist es dagegen, wenn der Kläger seine Leistung schon bewirkt, der Beklagte sie auch als Erfüllung angenommen hat; dann muß der Beklagte, wenn er behauptet, daß die empfangene Leistung mangelhaft ist, dies beweisen (sog. exceptio non rite adimpleti contractus). Vgl. auch EO. §§ 8, 25 und 42 Z. 4.

von einem Teile zu vertreten ist oder nicht. In letzterem Falle, also bei zufälliger Unmöglichkeit, fällt mit der Leistung grundsätzlich[2]) auch der Anspruch auf die Gegenleistung fort. Bei zu vertretender Unmöglichkeit behält dagegen der Gegner den Anspruch auf die Gegenleistung oder auf Schadensersatz.

---

[2]) Wie schon S. 399[4] ausgeführt, stellte das rR. für den Kauf (und für Veräußerungsgeschäfte überhaupt) den Grundsatz auf: periculum est emptoris (so zB. D. 18, 6, 8, pr., I. 3, 23, 3), d. h. der Verkäufer behält den Anspruch auf den Kaufpreis auch bei zufälligem Untergange der Kaufsache, während für die übrigen gegenseitigen Verträge der ihrem Wesen entsprechende Grundsatz festgehalten wurde, daß nur der Teil eine Leistung zu bewirken braucht, der dafür die Gegenleistung erhält. So wurde insbesondere für die locatio conductio rei und operarum der richtige Grundsatz aufgestellt: periculum est locatoris, d. h. der Vermieter erhält den Mietzins nur für die wirklich gewährte Nutzung und die wirklich geleisteten Dienste (zB. D. 19, 2, 30, 1).

Über den inneren Grund der Regel periculum est emptoris (die von manchen übrigens besonders wegen D. 18, 6, 13 und 15, 1 und D. 19, 2, 33 als nicht quellenmäßig bestritten wird) herrschte seit Jahrhunderten Streit. Nach Windscheid sollte dieser Grundsatz sich dadurch rechtfertigen, daß die Kaufsache schon mit Abschluß des Kaufvertrags als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das des Käufers überführt angesehen wurde; nach Jhering dadurch, daß bei jedem nicht sofort erfüllten Veräußerungsgeschäft ein Übernahmeverzug des Erwerbers zu unterstellen sei. Dernburg erklärte die Regel geschichtlich aus der anfänglichen Selbständigkeit der beiderseitigen Verpflichtungen. Ursprünglich sei der Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis von dem Gegenanspruche des Käufers auf die Sache ganz unabhängig gewesen. Später sei dem Käufer eine exceptio mercis non traditae als Unterart der exceptio doli generalis gegeben worden, falls der Verkäufer ohne Leistung der Kaufsache Zahlung verlangte. Sei die Sache durch Zufall untergegangen, so stehe diese exceptio doli dem Zahlung beanspruchenden Verkäufer nicht entgegen, denn er handele dann bei der Einklagung des Kaufpreises nicht vertragswidrig.

Nach ABGB. §§ 1064 und 1048 behält bei zufälligem Untergange der Kaufsache der Verkäufer nur dann den Anspruch auf den Kaufpreis, wenn ein bestimmter Übergabetermin festgesetzt war und der Untergang nach diesem Termine erfolgte.

## § 73. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

### a. Verträge zugunsten eines Dritten.

Vertrag zugunsten eines Dritten (pactum in favorem tertii) nennt man einen Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Leistung nicht an den Versprechensempfänger, also den Vertragsgegner („Gegenkontrahenten"), sondern an einen an dem Vertragsschlusse nicht teilnehmenden Dritten zu bewirken[1]).

Solche Verträge waren im älteren rR. völlig unwirksam, denn der Versprechensempfänger konnte nicht auf Leistung an den Dritten klagen, da es ihm hierbei an dem vom rR. erforderten eigenen Vermögensinteresse fehlte (alteri stipulari nemo potest, S. 443[9]), und der Dritte selbst konnte nicht klagen, da er nicht Vertragspartei war[2]).

Im späteren rR. wurden von diesem — auf der Auffassung des Schuldverhältnisses als eines iuris vinculum (S. 394) beruhenden — Grundsatz einige Ausnahmen zugelassen:

1. Der Versprechensempfänger kann auf Leistung an den Dritten klagen, wenn er hieran ein — wenn auch nur mittelbares — Interesse hat, zB. wenn ein Schuldner sich von jemandem die Befriedigung seines Gläubigers versprechen läßt (I. 3, 19, 20, D. 45, 1, 38, 20–22).

---

[1]) Nicht zu verwechseln mit den Verträgen zugunsten eines Dritten ist der Abschluß eines Vertrages für einen Dritten als dessen Stellvertreter. Bei der unmittelbaren Stellvertretung (S. 300) ist der Vertretene selbst Vertragspartei, also kein „Dritter". Bei der mittelbaren Stellvertretung ist die Tatsache, daß der Vertreter im Interesse eines Dritten handelt, rechtlich gleichgültig; der Dritte erhält niemals ein unmittelbares Recht gegen den Versprechenden, wie beim pactum in favorem tertii, kann dies vielmehr nur durch Abtretung seitens des Vertreters erlangen (vgl. zB. für den Hauptfall mittelbarer Stellvertretung das Kommissionsgeschäft, HGB. Art. 360).

[2]) Vgl. D. 44, 7, 11: Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.

2. Der Dritte kann mit einer ihm „ex aequitate“ gewährten actio utilis auf Leistung an sich selbst klagen:

α. wenn bei einer Schenkung dem Beschenkten die Verpflichtung zur Herausgabe an den Dritten auferlegt ist (C. 8, 54, 3);

β. wenn jemand die Sache eines Dritten verleiht oder hinterlegt mit der Auflage, daß sie unmittelbar dem Dritten herauszugeben sei (C. 3, 42, 8, 1);

γ. wenn ein Gläubiger mit seinem Schuldner (zB. einem Verwahrer) vereinbart, daß dieser das Geschuldete nach dem Tode des Gläubigers einem Dritten leisten solle (sog. fideicommissum a debitore relictum, D. 16, 3, 26, pr., D. 30, 77);

δ. wenn der verkaufende Pfandgläubiger dem Verpfänder beim Verkaufe das Einlösungsrecht vorbehält (D. 13, 7, 13, pr.);

ε. wenn bei der Hingabe einer dos dem Manne deren Rückgabe an die Frau oder die Kinder auferlegt wird (D. 24, 3, 45, C. 5, 4, 17).

Seit Justinian konnten ferner im Gegensatze zum bisherigen Recht (S. 444[9]) auch Leistnngen an die Erben ausbedungen werden (C. 4, 11: Ut actiones et ab herede et contra heredem incipiant). Kein pactum in favorem tertii, sondern ein Fall unmittelbarer Stellvertretung war dagegen die Vertragsschließung hausabhängiger Personen für den Gewalthaber (S. 299).[3])

---

[3]) Die starre Auffassung des rR. von der Obligation als einem iuris vinculum (S. 394) widersprach der deutschen Rechtsauffassung; der Grundsatz alteri stipulari nemo potest ist daher für das Gem. R. nicht maßgebend gewesen. Vielmehr wurden im Gem. R. Verträge zugunsten dritter stets wenigstens mit der Wirkung anerkannt, daß der Versprechensempfänger auf Leistung an den Dritten klagen konnte. Streitig war dagegen, unter welchen Voraussetzungen der Dritte ein eigenes und unentziehbares Klagerecht erhielte, ob nur im Falle seines Beitritts zu dem Vertrage auf Aufforderung der Hauptparteien (Offerten- oder Akzeptationstheorie) oder ohne weiteres (Anwachsungstheorie). Für das österr. Recht ist die Frage nach der Zulässigkeit der Verträge zugunsten dritter sehr bestritten. § 881 bestimmt, daß niemand für einen Anderen ein Versprechen annehmen

### b. Verträge zu Lasten eines Dritten.

An sich kann niemand durch sein Versprechen einen Dritten verpflichten, es sei denn, daß er Vertretungsmacht für ihn hat (S. 306). Dagegen kann man die Handlung eines Dritten versprechen. Ein solcher Vertrag kann entweder nur die Bedeutung haben, daß man Bemühungen aufwenden werde, den Dritten zu der Leistung zu bewegen oder die weitergehende, daß man für den Erfolg der Leistung die Garantie übernimmt; das Interesse hieran kann durch Versprechen einer Vertragsstrafe festgestellt werden (zB. I. 3, 19, 3 und 21).[4])

## § 74. Draufgabe. Vertragsstrafe.[1])

### a. Draufgabe.

Draufgabe (Handgeld, arra, ἀρραβών, vom hebräischen orab, bürgen) ist das vor oder bei Abschluß eines Vertrags von der einen Partei an die andere Geleistete.

#### 1. Arra contractu perfecto data.

*α.* Das bei Abschluß eines Vertrags gegebene Draufgeld hat regelmäßig den Zweck, das bindende Zustande-

---

dürfe. Doch wird von den meisten angenommen, dieser Rechtssatz beziehe sich nicht auf den Fall, daß der Versprechensempfänger selbst ein Interesse bei der Leistung an den Dritten habe, dem Versprechensempfänger (freilich nicht auch dem Dritten) stehe ein Klagerecht gegen den Versprechenden zu. — Andere meinen, § 881 beziehe sich überhaupt nicht auf Verträge zugunsten dritter. — Vielfach wird auch die Bestimmung des § 1019 ABGB. herangezogen: A beauftragt den B für ihn eine Leistung an einen Dritten zu machen: der Dritte erlangt, sobald er von dem Machtgeber oder Machthaber davon benachrichtigt worden ist, das Recht gegen den einen oder anderen Klage zu führen.

[4]) Die gleichen Grundsätze gelten auch für das ABGB. § 881.

[1]) Draufgabe und Vertragsstrafe sind Mittel zur Bestärkung von Verträgen. Als sonstige Verstärkungsmittel kommen noch in Betracht: das constitutum (unten § 76[3]) und der Eid. Eidliche Bestärkung machte nach Gem. R. die Rechtsgeschäfte der puberes unanfechtbar (Authentica Sacramenta puberum, S. 389[8]) und beseitigte die beneficia muliebria (S. 251). Diese Bedeutung hat der Eid im modernen Rechte verloren.

kommen des Vertrags festzustellen (sog. arra confirmatoria, vgl. zB. I. 3, 23, pr.: argumentum emptionis et venditionis contractae, D. 18, 1, 35, pr.: ut evidentius probari possit, convenisse; ebenso ABGB. § 908). In diesem Falle ist sie nicht eine „Zugabe", sondern gilt als „Angeld", d. h. der Empfänger muß sie bei der Erfüllung anrechnen oder wenn dies nicht geschehen kann (zB. es ist als Zeichen des Abschlusses eines Mietvertrags ein Ring übergeben, D. 19, 1, 11, 6) zurückgeben (ebenso ABGB. § 908). Wird der Vertrag wieder aufgehoben, so ist die Draufgabe zurückzugeben (D. 19, 1, 11, 6).

β. Die bei Abschluß eines Vertrags gegebene arra kann aber neben dem Zwecke, den Vertrag als geschlossen zu bekunden, auch den gleichen Zweck einer Erfüllungssicherung verfolgen wie die Vertragsstrafe (unten b), nur daß diese beim Vertragsschlusse nur versprochen, die arra wirklich gegeben wird. Dann spricht man von arra poenalis. Diese arra behält der Empfänger als Schadensersatz oder in Anrechnung auf diese, falls der Vertrag infolge eines vom Geber zu vertretenden Umstandes nicht erfüllt wird[2]).

γ. Die arra kann schließlich auch Reugeld sein (arra poenitentialis, Wandelpön), wenn der Geber sich durch ihre Aufopferung von der Vertragserfüllung befreien kann (ABGB. §§ 909—911). Dies ist jedoch nicht zu vermuten[3]).

2. Arra contractu imperfecto data.

Wird eine arra zwecks Sicherung eines erst zu schließenden Vertrags gegeben (auf Grund eines pactum de contrahendo), so hat sie nach rR. (das ABGB. hat sie

---

[2]) Nach ABGB. § 908 ist bei schuldbarer Nichterfüllung des Vertrages die schuldlose Partei berechtigt, nach ihrer Wahl das empfangene Angeld zu behalten (bezw. das von ihr gegebene Angeld in doppeltem Maße zurückzufordern) oder auf Erfüllung event. Schadenersatz zu dringen.

[3]) Eine vierte Bedeutung hat die Draufgabe zuweilen im modernen Rechte, nämlich die einer Form des Vertragsschlusses (arra constitutiva, zB. der Mietstaler im Gesinderecht).

nicht aufgenommen) die Bedeutung eines Reugelds: der den Vertragsabschluß verweigernde Geber verliert sie, der ihn verweigernde Empfänger muß sie doppelt erstatten (I. 3, 23, pr., C. 4, 21, 17, 2).

b. Vertragsstrafe.

1. Vertragsstrafe (Konventionalstrafe, „Vergütungsbetrag" ABGB. § 1336, Strafgeding) ist eine Leistung, die der Schuldner dem Gläubiger für den Fall verspricht (nicht sofort bewirkt, wie bei der arra, S. 465), daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht gehörig (besonders nicht rechtzeitig) erfüllen sollte. Die Vertragsstrafe setzt also das Vorhandensein einer gültigen (rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen) Verbindlichkeit voraus und ist somit akzessorischer Natur. Daraus folgt, daß, wenn die Hauptverbindlichkeit (zB. wegen unerlaubten Inhalts oder Formmangels) unwirksam ist, auch die Strafabrede nichtig ist[4]), sowie daß diese hinfällig wird, wenn die Hauptverbindlichkeit (zB. infolge von Leistungsunmöglichkeit, D. 45, 1, 69, oder von Verjährung, vgl. DBGB. § 224) später fortfällt. Zu einer Selbständigkeit gelangt die Vertragsstrafe (gleich den sonstigen Akzessorien, zB. den Zinsen, S. 405), erst, wenn sie verwirkt ist; erst dann kann sie auch ohne die Hauptverbindlichkeit geltend gemacht und abgetreten werden.

2. Die Höhe der Vertragsstrafe unterliegt nach

---

[4]) Es kann also zB. eine Vertragsstrafe nicht versprochen werden: für den Fall der Nichteinsetzung zum Erben (D. 45, 1, 61: Stipulatio hoc modo concepta: „si heredem me non feceres, tantum dare spondes?" inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio) sowie der Nichteingehung einer Ehe (ABGB. § 45, ebenso schon D. 45, 1, 134, pr.: „quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta").

Eine Ausnahme erlitt nach rR. der Satz, daß die Konventionalstrafe nur neben einer gültigen Hauptverbindlichkeit wirksam ist, insofern als eine mangels Vorhandenseins eines eigenen Vermögensinteresses des Gläubigers (S. 397[1]) oder einer causa civilis (S. 440) unwirksamer Vertrag durch ein in gehöriger Form (regelmäßig durch Stipulation) eingegangenes Strafversprechen mittelbar wirksam gemacht werden konnte.

rR. der freien Vereinbarung; nur darf sie den gesetzlichen Zinshöchstbetrag (S. 408) nicht übersteigen[5]).

3. Der Zweck der Vertragsstrafe kann ein dreifacher sein:

α. Vorherige Feststellung des Interesses des Gläubigers an der Erfüllung. Ist die Vertragsstrafe in diesem Sinne vereinbart, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe als Mindestbetrag seines Interesses statt der Erfüllung verlangen; er braucht seinen Schaden nur insoweit nachzuweisen, als dieser die Strafe übersteigt (D. 19, 1, 28);[6])

β. Strafe. Dann kann der Gläubiger die verwirkte Vertragsstrafe neben der Erfüllung oder dem Interesse an der Nichterfüllung verlangen[7]);

γ. Wandelpön. Dann kann der Schuldner durch Erlegung der Strafe sich von der Erfüllungspflicht befreien (facultas alternativa des Schuldners, S. 400).

---

[5]) Vgl. D. 19, 1, 13, 26: si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum praestaretur, in fraudem constitutionum (S. 408) videri adiectum, quod usuram legitimam excedit. Gleich den Zinsbeschränkungen (S. 409[9]) sind auch die Beschränkungen der Vertragsstrafe bei Darlehen durch das RG. vom 14. Juni 1868, RGB. Nr. 62 beseitigt. In anderen Fällen steht nach ABGB. § 1336 dem Richter ein Herabsetzungsrecht zu, wenn eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch ist. Bei Handelsgeschäften unterliegt die Konventionalstrafe keiner richterlichen Mäßigung, HGB. Art. 284.

[6]) Wird die Erfüllung der Hauptschuld unmöglich, so ist, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat (S. 427), die Vertragsstrafe verwirkt; andernfalls fällt mit der Hauptschuld auch die Vertragsstrafe fort.

[7]) Nach ABGB. § 1336 kann der Gläubiger außer der Konventionalstrafe auch die Erfüllung des Vertrages verlangen, nicht aber eventuell Schadenersatz. Die Konventionalstrafe gilt ja als Vorausfixierung des Schadensbetrages und zwar als Vorausfixierung auch im Interesse des Schuldners. Der Gläubiger hat daher keinen Anspruch auf einen die Konventionalstrafe übersteigenden Schadensersatz (anders nach Handelsrecht, HGB. Art. 284). Der Schuldner kann sich außer dem Falle einer besonderen Verabredung durch die Erlegung der Konventionalstrafe von der Erfüllung des Vertrages nicht befreien.

4. Die Vertragsstrafe ist verwirkt:

α. wenn die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht (Nichterhebung eines Anspruchs, Nichtbegründung eines Konkurrenzgeschäfts) ohne weiteres mit der Zuwiderhandlung (D. 45, 1, 122, 6), die der Gläubiger beweisen muß;

β. wenn sie in einem Tun besteht, sobald der Schuldner in (schuldhaften, S. 429) Verzug gerät; die gehörige (insbesondere rechtzeitige, D. 44, 7, 23) Erfüllung hat der Schuldner zu beweisen (ABGB. § 1298).

## § 75. Rücktritt.

Die Befugnis einer Partei, beim Eintritte gewisser Voraussetzungen von einem bestehenden Vertrage zurückzutreten, kann entweder auf Gesetz beruhen (vgl. zB. ABGB. § 978 beim Leihvertrag, §§ 1117, 1118 beim Bestandvertrag, §§ 1153, 1154 beim Lohnvertrag) oder auf einem besonderen Nebenvertrage. Derartige — besonders für den Kauf behandelte und dem Begriffe der auflösenden Bedingung[1]) unterstellte (S. 296) — Nebenverträge (pacta in continenti adiecta, S. 455) waren im rR.:

a. das pactum displicentiae, wonach ein Teil nach seinem Belieben zurücktreten konnte (zB. D. 18, 5, 6: Si convenit, ut res, quae venit — verkauft ist —, si intra certum tempus displicuisset, redderetur);

b. die lex (= lex contractus) commissoria (D. 18, 3, Verwirkungsklausel, kassatorische Klausel, nicht zu verwechseln mit der gleichnamigen Verfallklausel bei der Verpfändung, unten § 140 c 4 β), wonach der Gläubiger vom Vertrage bei nicht rechtzeitiger Leistung des Schuldners sollte

---

[1]) Gerade bei diesen Rücktrittsabreden haben die Römer den Gegensatz von Suspensiv- und Resolutivbedingung entwickelt; vgl. zB. D. 18, 2, 2 (S. 291) und D. 18, 3, 1. Wegen der Auffassung der eben erwähnten Nebenverträge als Resolutivbedingungen wurde vom rR. beim Eintritte des Rückfalls das Hauptgeschäft mit dinglicher Wirkung beseitigt (S. 295).

zurücktreten dürfen (D. 18, 3, 2: Cum venditor fundi in lege ita caverit: „si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemtus sit“); hierbei trat die Verwirkungsklausel auch bei bloß objektiver mora (S. 428) des Schuldners ein (D. 18, 3, 4, 4), und die arra und die etwaigen Anzahlungen verfielen dem Gläubiger (D. 18, 3, 6, pr.);

c. die in diem addictio (D. 18, 2) d. h. der Vorbehalt des Rücktritts für den Fall, daß der Rücktrittsberechtigte bis zu einem bestimmten Zeitpunkte (daher „in diem“ addictio) einen für ihn günstigeren Vertrag abschließen kann; zB. D. 18, 2, 1: „ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Ianuarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat“.

# Dritter Abschnitt.

# Erlöschen der Schuldverhältnisse.

## § 76. Erlöschen der Schuldverhältnisse. Allgemeines.

a. Gründe und Wirkungen.

1. Ein Schuldverhältnis erlischt:

*α.* normalerweise durch die Erfüllung (solutio),[1]) d. h. die Befriedigung des Gläubigers durch Bewirkung der Leistung seitens des Schuldners (unten § 77); der Erfüllung stehen unter Umständen gewisse sonstige Vorgänge gleich (sog. Erfüllungssurrogate), nämlich die Hingabe an Erfüllungs Statt (§ 77 a), die Hinterlegung (unten § 78) und die Aufrechnung (unten § 79);

*β.* ausnahmsweise ohne Erfüllung. In Betracht kommen hierbei folgende Umstände:

a. Der Auflösungsvertrag. Das ältere römische

[1]) In den Quellen bedeutet solutio bald jedes Erlöschen der Verbindlichkeit (Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, D. 46, 3, 54), bald nur Erfüllung („solvere" dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit, D. 50, 16, 176). Erfolgt eine Zahlung nicht zur Tilgung, sondern zwecks Begründung einer Verbindlichkeit, dann sprechen die Quellen von numeratio („Auszahlung", zB. in der Verbindung exceptio non numeratae pecuniae, S. 445); vielfach wird jedoch numeratio auch gleichbedeutend mit Geldzahlung zwecks Erfüllung gebraucht (zB. D. 4, 2, 9, 3). Die Erfüllungssurrogate werden als satisfactio bezeichnet (Satisfactio pro solutione est, D. 46, 3, 52; in anderen Verbindungen bedeutet satisfacere, wie satisdare, Sicherheitsstellung, zB. D. 18, 1, 19).

Recht ging von dem Grundsatz aus, daß die Lösung eines Schuldverhältnisses derselben Form bedürfe, wie die Begründung (contrarius actus): Prout quidque contractum est, ita et solvi debet (D. 46, 3, 80). Das (in klassischer Zeit veraltete) nexum (S. 147) konnte daher nur wieder „per aes et libram" (nexi liberatio), die Literalobligation nur litteris (S. 451), die Stipulation (S. 441) nur durch einen entsprechenden Verbalvertrag, nämlich die acceptilatio (Quod ego tibi promisi habesne acceptum? habeo, I. 3, 29, 1), die durch confarreatio begründete Ehe nur durch diffareatio (§ 48 b 1) aus der Welt geschafft werden[2]). Bei den nudo consensu begründeten Konsensualverträgen genügte, sofern mit ihrer Erfüllung noch nicht begonnen war (re integra, vgl. ABGB. § 920), der contrarius consensus (sog. mutuus dissensus, D. 50, 17, 35). Sollte eine andere als eine Verbalobligation durch acceptilatio beseitigt werden, so mußte sie vorher in eine Stipulationsschuld umgeschaffen (noviert, S. 474) werden (stipulatio Aquiliana, S. 448[12]).

Das prätorische Recht sah von der Notwendigkeit eines contrarius actus ab. Die Erfüllung bewirkte ohne weiteres (ipso iure) die Befreiung des Schuldners. Ferner aber gab der Prätor dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger, der durch formloses pactum de non petendo sich verpflichtet hatte, die Forderung nicht geltend zu machen, eine exceptio[3]). Immerhin blieb die acceptilatio für die Fälle

---

[2]) Bei der nexi liberatio und der acceptilatio läßt sich eine ähnliche Umbildung von einem wirklichen zu einem bloß fingierten Geschäft (imaginaria solutio, G. 3, 169) verfolgen wie bei der mancipatio (S. 150). Ursprünglich galten nexum und stipulatio trotz wirklicher Erfüllung als nicht ipso iure aufgehoben; diese Wirkung trat vielmehr nur ein, wenn neben der solutio der formale Auflösungsvertrag vorgenommen wurde. Später trat die wirkliche Erfüllung in den Hintergrund und die Befreiung des Schuldners trat durch die bloße Vornahme des abstrakten Formalaktes ein. Nunmehr konnte dieser auch dazu dienen, eine Befreiung des Schuldners ohne Erfüllung, also durch Erlaß (unten § 80) herbeizuführen.

[3]) I. 4, 13, 3: Praeterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilo minus obligatus manet,

des Erlaßvertrags (unten § 80) von Bedeutung. Sie wirkte insofern energischer, als sie die Schuld ipso iure tilgte, während das pactum de non petendo nur bei Vorschützung (ope exceptionis) in Wirkung trat.

Eine besondere Art der vertragsmäßigen Beseitigung eines Schuldverhältnisses ist die Novation (unten b).

b. Die auflösende Bedingung und Befristung (S. 294, 296).

c. Der Tod des Gläubigers oder des Schuldners, jedoch nur in Ausnahmefällen (ABGB. § 1448, S. 374[8]), ferner unter Umständen die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gläubigers oder des Schuldners (vgl. ABGB. §§ 1024, 1262).

d. Der Zeitablauf (ABGB. § 1449). Die Verjährung (S. 321) und Verwirkung (Decretum divi Marci, S. 341).

e. Leistungsunmöglichkeit (ABGB. § 1447, S. 418), Verzug (S. 428), Erlaß (unten § 80).

f. Konfusion, d. h. (ABGB. § 1445) dauernde Vereinigung von Gläubigerrecht und Schuldnerpflicht in derselben Person[4]).

g. Der sog. concursus duarum causarum lucrativarum; vgl. D. 44, 7, 17: Omnes debitores, qui

---

quia pacto convento obligationes non omni modo dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, qua actor intendit „si paret eum dare oportere". sed quia iniquum est contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

[4]) D. 34, 3, 21, 1: Confusione perinde exstinguitur obligatio ac solutione. Die Vereinigung muß jedoch dauernd und vollständig sein; daher tritt zB. kein Erlöschen ein, wenn der Gläubiger den Schuldner beerbt und die Erbschaft mit Vorbehalt der Rechtswohltat des Inventars antritt, ABGB. §§ 802 und 1445, oder wenn die Erbschaftsgläubiger die Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben erwirken, ABGB. §§ 812 und 1445. Im modernen Sachenrecht erlöschen die dinglichen Rechte wegen ihrer durch das Grundbuch herbeigeführten Verselbständigung nicht, wenn der dinglich Berechtigte Eigentümer wird und umgekehrt (ABGB. § 1446). Hierüber ist im Sachenrecht zu sprechen.

speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset. Hat A sich zB. dem B gegenüber verpflichtet, ihm ein dem C gehöriges Pferd zu schenken, so wird er seiner Verpflichtung ledig, wenn B dasselbe Pferd von C erbt[5]).

h. Capitis diminutio minima (oben S. 184).

2. Die Erlöschensgründe wirken nach justinianischem und heutigem Rechte teils ipso iure, d. h. sie beseitigen das Schuldverhältnis durch ihren bloßen Eintritt, was der Richter als rechtsvernichtende Tatsache (S. 361) auch von Amts wegen zu berücksichtigen hat (so die Erfüllung und deren Surrogate), teils nur ope exceptionis, so daß sie dem Schuldner nur eine (peremtorische, S. 367) Einrede gewähren, die er vorbringen muß, damit sie berücksichtigt wird (S. 365), zB. die Verjährung und Aufrechnung); vgl. zB. D. 50, 17, 112: Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur. Die Erlöschensgründe vernichten ferner das Schuldverhältnis entweder vollständig (so die Erfüllung) oder unter Aufrechterhaltung einer Naturalobligation (S. 437), so die Verjährung (S. 333).

3. Den Beweis des Erlöschens hat der Schuldner zu führen. Nur wenn der Gläubiger eine Leistung als Erfüllung angenommen hat, hat er die Beweislast, wenn er behauptet, daß er die empfangene Leistung wegen Mangelhaftigkeit als Erfüllung nicht gelten zu lassen brauche (exceptio non rite adimpleti contractus, S. 461[1]).

b. Die Novation[6]).

1. Begriff und Voraussetzungen.

Novation (Umschaffung) ist die Aufhebung eines

---

[5]) Unrichtig ist der im 18. Jahrhundert aus D. 46, 3, 38, pr. entnommene allgemeine Satz, daß jeder Vertrag mit der clausula rebus sic stantibus geschlossen sei und bei Veränderung der ihn veranlassenden Umstände widerrufen werden könne. Vgl. jedoch ABGB. § 936.

[6]) D. 46, 2, C. 8, 41: De novationibus et delegationibus. ABGB. §§ 1376—1379.

Schuldverhältnisses[7]) durch Begründung eines den gleichen wirtschaftlichen Zweck verfolgenden neuen Schuldverhältnisses (D. 46, 2, 1, pr.: Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio). Hieraus ergeben sich als Voraussetzungen einer wirksamen Novation:

*α.* Es muß ein gültiges (wenn auch nicht klagbares, also nur naturales, D. 46, 2, 1, 1) Schuldverhältnis geschaffen werden.

*β.* Die Schaffung des neuen Schuldverhältnisses muß in der Absicht geschehen, das frühere zu beseitigen (animus novandi). An sich können die Parteien bei Eingehung eines Schuldverhältnisses, das die Erfüllung eines bestehenden Schuldverhältnisses bezweckt, die Absicht haben, das neue Schuldverhältnis entweder neben das bisherige oder an seine Stelle zu setzen, d. h. die Schaffung des neuen Schuldverhältnisses kann entweder nur erfüllungshalber oder an Erfüllungs Statt erfolgen (unten S. 480). Während die älteren römischen Juristen in vielen Fällen (zB. bei Umwandlung einer bedingten Schuld in eine unbedingte) die Novationsabsicht vermuteten sog. praesumta novatio), spricht Justinian in C. 8, 41, 8 den Grundsatz aus: „voluntate solum esse, non lege novandum“[8]); vgl. ABGB. § 1379

---

[7]) Es handelt sich nur um eine durch den Parteiwillen herbeigeführte Ersetzung eines Schuldverhältnisses durch ein anderes (novatio voluntaria). Daneben kannte das rR. bis auf Justinian eine kraft Rechtssatzes, nämlich durch die Litiskontestation und das Urteil, eintretende Umschaffung (novatio necessaria, S. 370).

[8]) Nach römischem Civilrechte lief der Schuldner, der in zwei verschiedenen rechtsförmlichen Verpflichtungsakten die gleiche Leistung versprochen hatte, wegen der formalen Natur derartiger stricti iuris obligationes Gefahr, aus beiden Erklärungen haftbar gemacht zu werden. Daher wurde bei erneuter Verpflichtung zu einer bereits gültig begründeten Verbindlichkeit Untergang dieser durch Umschaffung vermutet (D. 45, 1, 18). Als später unter dem Einflusse des prätorischen Rechts, insbesondere nach Schaffung der exceptio doli generalis (S. 365[6]), die Berücksichtigung der Absicht der Beteiligten in den Vordergrund trat, fiel diese Befürchtung fort, und es wurden nun Geschäfte zugelassen, die dem Gläubiger mehrere Wege eröffneten, einen bestimmten Anspruch durchzusetzen. Hierzu diente vor allem

am Schlusse. Danach tritt Novation nur ein, wenn die Parteien dies erklären. Doch bedarf es nach der richtigen Meinung keiner ausdrücklichen Erklärung dieses Willens; es genügt vielmehr sog. tacita novatio, d. h. der Novations-

---

das durch das prätorische Recht geschaffene constitutum (Erfüllungsversprechen). Es unterschied sich von der Novation in mehrfacher Hinsicht; zunächst durch seine Formlosigkeit. Während die Novation nur in der Form der Stipulation gültig war, war das constitutum ein pactum praetorium (S. 455), das auch bei formloser Eingehung eine Klage (actio de pecunia constituta, actio constitutoria) erzeugte (D. 13, 5, C. 4, 18). Ferner trat der Anspruch aus dem constitutum neben die bisherige Verpflichtung, nicht, wie bei der Novation, an ihre Stelle. War also zB. ein Kaufpreis durch constitutum versprochen, so konnte der Käufer nach seiner Wahl entweder die actio venditi oder die actio constitutoria anstellen. Daher gingen beim constitutum (anders als bei der Novation, S. 479) die Nebenrechte nicht unter und blieben die Einreden aus dem bisherigen Schuldverhältnisse bestehen. Wurde freilich eine naturalis obligatio konstituiert, so war der Gläubiger natürlich auf die actio constitutoria allein angewiesen (D, 13, 5, 7, pr.). Im übrigen diente das constitutum den gleichen wirtschaftlichen Zwecken, wie die Novation. Insbesondere konnte dadurch die Erfüllung einer geschuldeten Leistung an einem bestimmten Zahlungstermin vereinbart und damit dem Schuldner eine Stundung gewährt werden. Eigentümlich war hierbei, daß der nicht rechtzeitig erfüllende Schuldner einer Prozeßstrafe in Höhe der Hälfte (sponsio partis dimidiae constitutae pecuniae, G. 4, 171) verfiel. Wie die Novation, konnte auch das constitutum zwischen den bisherigen Parteien (constitutum debiti proprii) oder unter Eintritt eines neuen Schuldners (constitutum debiti alieni) vorgenommen werden. In letzterem Falle lag eine Art von Verbürgung vor, mit dem Unterschiede von der eigentlichen Bürgschaft (adpromissio), daß diese rein akzessorisch ist, während das constitutum debiti alieni ein selbständiges Erfüllungsversprechen des Konstituenten darstellte und daher nur durch wirkliche Erfüllung unterging, dagegen dem Einflusse der die Hauptschuld nachträglich verändernden Ereignisse (besonders der Verjährung) entzogen war. Nach vorjustinianischem Rechte konnte das constitutum sich nur auf vertretbare Sachen beziehen. Nur Bankiers (argentarii) konnten auch hinsichtlich nicht fungibler Sachen Erfüllungsversprechen abgeben (sog. receptum argentarii mit besonderer Klage; actio recepticia, vgl. unten § 101 a). Justinian hob diese Beschränkung auf, und damit fiel die Besonderheit des receptum argentarii fort. Ferner ging die Prozeßstrafe partis dimidiae und die ehemalige Beschränkung der actio constitutoria auf Jahresfrist in das justinianische Recht nicht über (C. 4, 18, 2).

wille kann auch aus den Umständen entnommen werden, er wird nur nicht mehr kraft Gesetzes vermutet.

### 2. Form und Arten der Novation.

Nach justin. R., das den Literalkontrakt nicht mehr kennt (S. 451), geschieht die Novation ausschließlich in der Form der stipulatio. Zu unterscheiden ist die Novation *ohne* und *mit* Personenwechsel [9]).

*α.* Bei der Novation *ohne* Personenwechsel (novatio simplex) bleiben die Parteien die gleichen; es kann sich hierbei also nur um Änderung des Inhalts des Schuldverhältnisses handeln (vgl. ABGB. § 1376, Änderung des Gegenstandes oder des Rechtsgrundes der Forderung): Ersetzung einer materiellen durch eine abstrakte Verbindlichkeit, im rR. vor allem zur Ermöglichung einer Akzeptilation (unten § 80), Ersetzung einer bedingten oder befristeten durch eine unbedingte oder sofort fällige Verbindlichkeit; „quod ex empto mihi debes, dare spondes?"

*β.* Bei der Novation *mit* Personenwechsel (novatio qualificata) tritt entweder ein neuer Schuldner oder ein neuer Gläubiger ein.

a. Tritt in ein zwischen A als Gläubiger und B als Schuldner bestehendes Schuldverhältnis C als *neuer Schuldner* ein (Interzession, unten § 83 a), so sind verschiedene Möglichkeiten gegeben. Es kann die Absicht vorhanden sein, entweder, daß der Gläubiger *neben* dem verpflichtet bleibenden B in C einen zweiten Schuldner erhalte (Bürgschaft, Gesamtschuld) oder daß C *an Bs Stelle* trete. In diesem letzteren Falle sind wieder zwei Möglichkeiten gegeben. Entweder C sukzediert unter Aufrechterhaltung des Schuldverhältnisses in die Verbindlichkeit des ausscheidenden B (Schuldübernahme, unten § 83 b), oder es wird an die Stelle des zwischen A und B bestehenden und nunmehr gelösten Schuldverhältnisses ein neues zwischen A und C gesetzt („Quod Titius mihi dare oportet, id dare

---

[9]) Das ABGB. bezeichnet als Novation nur die ohne Personenwechsel (§ 1376). Doch hat dies rein terminologische Bedeutung.

spondes?"). Nur in letzterem Falle liegt eine Novation vor. Hierzu bedarf es stets der Einwilligung des Gläubigers, denn dieser braucht sich natürlich keinen anderen Schuldner aufdrängen zu lassen (ABGB. § 1401).[10]) Dagegen bedarf es nicht der Einwilligung des bisherigen Schuldners, wie ja auch die Erfüllung durch einen Dritten das Schuldverhältnis regelmäßig selbst „invīto debitore" löst (oben S. 414): „liberat me is, qui quod debeo, promittit, etiamsi nolim" (D. 46, 2, 8, 5). Man pflegt diejenige Novation unter Eintritt eines neuen Schuldners, die sich ohne Mitwirkung des bisherigen Schuldners vollzieht, als Expromission zu bezeichnen, während man den normalen Fall, in dem der bisherige Schuldner (B, Delegant) den neuen Schuldner (C, Delegat) anweist, sich dem Gläubiger (A, Delegatar) zu verpflichten, passive Delegation, Schuldüberweisung, delegatio debiti nennt[11]).

b. Der Eintritt eines neuen Gläubigers (D) in ein zwischen A und B bestehendes Schuldverhältnis kann sich ebenfalls in verschiedener Weise und demgemäß mit verschiedenen Wirkungen vollziehen. Entweder D tritt unter Aufrechterhaltung des zwischen A und B bestehenden Schuldverhältnisses nur in As Rechte ein (Zession, unten § 81); oder es wird an Stelle des zur Lösung gelangenden Schuldverhältnisses zwischen A und B ein ganz neues zwischen D und B gesetzt (Novation): „Quod Titio debes, mihi dare spondes?". Natürlich verpflichtet B sich dem D gegenüber nur, wenn er dadurch seiner Verbindlichkeit gegen A ledig wird, und dies setzt voraus, daß A (Delegant) den B (Delegaten) anweist, sich dem D (Delegatar) zu verpflichten. In diesem Falle spricht man von aktiver Delegation, Forderungsüberweisung, delegatio nominis.

---

[10]) Ist der Gläubiger anderseits mit der Übernahme der Schuld durch den neuen Schuldner einverstanden, so wird der bisherige befreit: qui delegat, solvit; vgl. unten § 108[1].

[11]) In den Quellen werden die Ausdrücke expromissio und delegatio durcheinander für fast alle Novationsfälle verwendet.

### 3. Die Wirkungen der Novation.

Durch die Novation wird das bestehende Schuldverhältnis mit seinen Vorzügen (zB. Konkursprivilegien) und Nebenrechten (Pfändern, Bürgen, Konventionalstrafe, Zinsen) von Rechts wegen (ipso iure) beseitigt[12]). An seine Stelle tritt das neue Schuldverhältnis, das anderseits den Einreden aus dem früheren nicht mehr ausgesetzt ist. Vorausgesetzt ist hierbei jedoch, daß das als bestehend angenommene frühere Schuldverhältnis gültig besteht. Wird daher zB. eine bedingte Schuld noviert, so gilt die neu eingegangene Schuld nur für den Fall, daß die Bedingung der alten eintritt (D. 46, 2, 8, 1). Meist wird das neue Schuldverhältnis abstrakt eingegangen (nach rR. durch Stipulation, nach modernem Gem. Rechte durch Wechsel oder Schuldanerkenntnis); dann entsteht es jedenfalls zunächst, kann aber (mit condictio indebiti, sine causa, causa data causa non secuta, unten § 113 b) angefochten werden, wenn es materiell hinfällig ist (heute zB. die aus einer Spielverbindlichkeit hervorgegangene Wechselschuld). Das Novationsversprechen kann aber auch das bisherige Schuldverhältnis als Bestimmungsgrund in sich aufnehmen (zB. Quidquid ex vendito dare facere oportet, dare spondes?, D. 46, 2, 27). In diesem Falle ist das Bestehen der novierten Schuld Gültigkeitsbedingung der neugeschaffenen. Diese ist also nichtig (nicht wie bei der abstrakten Novation nur anfechtbar), wenn die novierte Schuld nicht gültig bestand[13]).

---

[12]) Die Parteien können jedoch eine andere Vereinbarung treffen. Vgl. ABGB. § 1378.

[13]) Die Novation hatte für das rR. eine große Bedeutung; denn sie ermöglichte es, jeden wegen Mangels einer causa civilis (S. 440) der Klagbarkeit entbehrenden Vertrag zu einem klagbaren umzuwandeln und gewährte ferner die Möglichkeit des mittelbaren Eintritts eines neuen Gläubigers oder Schuldners in das Schuldverhältnis, was unmittelbar — wegen der Auffassung der Obligation als eines iuris vinculum, S. 394 — unmöglich war. Das moderne Recht bedarf — wegen der Formlosigkeit der meisten Verträge und der Zulässigkeit von Zession (unten § 81[2]) und Schuldübernahme (unten § 83[1]) — dieses Instituts nicht mehr in dem Maße. Das ABGB. hat die Novation noch in den §§ 1376—1379 geregelt, das deutsche BGB.

## § 77. Erfüllung[1]).

### a. Voraussetzungen.

Erfüllung oder Zahlung ist die Befriedigung des Gläubigers durch das Bewirken der geschuldeten Leistung. Hierzu gehört:

1. Die geschuldete Leistung muß bewirkt werden und zwar in der Regel im ganzen (D. 22, 1, 41, 1, S. 404), am richtigen Orte (S. 415) und zu richtiger Zeit (S. 416). Eine Tilgung durch eine andere als die geschuldete Leistung (sog. datio in solutum, Hingabe an Zahlungs Statt), tritt nur[2]) bei Einwilligung des Gläubigers ein (D. 12, 1, 2, 1: aliud pro alio invīto creditori solvi non potest; ABGB. § 1413), dann aber in gleicher Weise[3]) wie durch die Bewirkung der eigentlich geschuldeten Leistung.

---

dagegen behandelt die Novation nicht mehr als selbständiges Rechtsinstitut (vgl. nur § 364 Abs. 2). Das moderne Recht hat für die auch heute noch bedeutungsvolle Umwandlung einer kausalen in eine abstrakte Schuld andere Rechtsinstitute, vor allem den Wechsel.

[1]) D. 46, 3, C. 8, 43: De solutionibus et liberationibus (ABGB. §§ 1413, 1414).

[2]) Nur in einem Falle wurde nach rR. einem Gläubiger auch gegen seinen Willen „aliud pro alio" aufgezwungen (datio in solutum necessaria). In Novelle 4 c. 3 (Authentica „Hoc nisi" zu C. 8, 42, 16) führte Justinian das sog. beneficium dationis in solutum ein. Danach sollte ein zahlungsunfähiger Schuldner zwecks Vermeidung der Konkurseröffnung berechtigt sein, seine Grundstücke, sofern er sie nicht veräußern kann, nach Auswahl des Gläubigers zu einem amtlich ermittelten Taxpreis in Zahlung zu geben. Noch erweitert wurde dies beneficium zugunsten der Kirchen und milden Stiftungen in Novelle 120 c. 6 (Authentica „hoc ius porrectum" zu C. 1, 2, 14: Befugnis dieser Institute, unbewegliche Sachen nach ihrer Wahl mit 10% über den Taxwert an Zahlungsstatt zu geben) und für die im dreißigjährigen Kriege verarmten Schuldner im JRA. § 134 (auch bewegliche Sachen). Alles dies ist im modernen Recht beseitigt.

[3]) Zwischen Sabinianern und Prokulianern bestand Streit darüber (G. 3, 168), si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure, liberatur, quod nostris praeceptoribus (d. h. den Sabinianern, S. 118) placet, an ipso iure

2. Die Leistung muß an den Gläubiger erfolgen. Im rR.[4]) wurde dieser Grundsatz wegen der Unzulässigkeit der Zession (unten § 81 a), des Versprechens der Leistung an einen Dritten (S. 463) und der unmittelbaren Stellvertretung (S. 300) tatsächlich durchgeführt. Sollte die Zahlung außer an den Gläubiger auch an einen Dritten erfolgen dürfen, so mußte dies bei Eingehung der Stipulation berücksichtigt werden. Dies konnte entweder so geschehen, daß neben dem Gläubiger ein Dritter eine selbständige Stipulation (adstipulatio) auf den Leistungsgegenstand abschloß (Quod Titio debes, idem mihi dare spondes?). Dann wurde der Dritte (adstipulator) nach außen hin wahrer Korrealgläubiger, konnte also wie ein solcher durch Stundung, Erlaß, Aufrechnung über die Forderung verfügen, während er dem Hauptgläubiger gegenüber die Stellung eines Beauftragten hatte. Es lag also ein fiduziarisches Verhältnis vor (S. 255[4]). Oder die Stipulation wurde derart vorgenommen, daß der Dritte in dem zwischen Gläubiger und Schuldner geschlossenen Schuldvertrage nur zum Zahlungs-

---

maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus (den Prokulianern) visum est. Justinian entschied für die ipso iure-Beseitigung des Schuldverhältnisses durch datio in solutum (I. 3, 29, pr.).

Da die d. i. s. als Erfüllung gilt, so bewirkt sie die endgültige Auflösung des Schuldverhältnisses. Dadurch unterscheidet sie sich von der Novation, bei der nur an die Stelle des alten ein neues Schuldverhältnis tritt. Die Folge davon ist, daß wenn zB. eine Spielschuld noviert wird, die neue Schuld mit dem Spieleinwand (unten § 104) angefochten werden kann, während die Tilgung einer Spielschuld durch d. i. s. unanfechtbar ist; vgl. deutsches BGB. § 762 Abs. 2.

Das ABGB. § 1414 bezeichnet die Hingabe an Zahlungs Statt als entgeltliches Geschäft. Damit ist gesagt, daß bei derselben die Regeln über Gewährleistung und Verletzung über die Hälfte Platz greifen. Streitig ist, wie schon nach Gem. Recht, ob bei Eviktion des an Zahlungs Statt Gegebenen der Gläubiger auf die frühere Forderung und die dafür haftenden Bürgen und Pfänder zurückgreifen kann.

[4]) Nach modernem Recht wird der Schuldner durch Leistung an den gesetzlichen (Gewalthaber, Vormund) oder rechtsgeschäftlichen Vertreter (Prokuristen, Inkassomandatar) in gleicher Weise wie durch Leistung an den Gläubiger persönlich befreit. Vgl. ABGB. § 1424.

empfang ermächtigt wurde (solutionis causa adiectus; „mihi aut Seio dare spondes"?; I. 3, 19, 4); dann galt der Dritte zum Zahlungsempfang nur für ermächtigt, „si in eadem causa maneat" (D. 46, 3, 38, pr.; vgl. S. 474[5]), keineswegs hatte der Adjektus das Recht, den Schuldner auf Zahlung zu klagen.

Leistet der Schuldner an einen nicht zur Leistungsannahme berechtigten Dritten, so wird er nur befreit (Konvaleszenz, S. 279), wenn der Dritte nachträglich die Forderung erwirbt (D. 46, 3, 96, 4), wenn der Gläubiger den Dritten in unbeschränkter Haftung für die Nachlaßschulden beerbt (D. 13, 7, 11, 5), wenn der Gläubiger die Erfüllung genehmigt (D. 46, 3, 12, 4) oder der Dritte ihm das Geleistete ausantwortet[5]).

Über die Leistung durch einen Anderen als den Schuldner vgl. S. 414; Zahlung durch einen handlungsunfähigen Schuldner: ABGB. § 1421.

3. Die Leistung muß zwecks Tilgung des Schuldverhältnisses erfolgen. Sind mehrere gleichartige Schulden, so vor allem Geldschulden, vorhanden, so kann der Schuldner bestimmen, welche Schuld er durch die Erfüllung tilgen will. Tut er dies nicht, so kann der Gläubiger beim Empfang erklären, auf welche Schuld er die Forderung anzurechnen

---

[5]) Vgl. D. 46, 3, 61: In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio. Streitig war nach Gem. Recht (vgl. D. 13, 7, 11, 5 und D. 44, 4, 6), ob eine an den Gläubiger des Gläubigers geleistete Erfüllung (zB. der Aftermieter zahlt den seinem Vermieter zukommenden Mietzins direkt an den Hauswirt) den Schuldner unmittelbar (ipso iure) befreit oder ob die Befreiung nur durch Aufrechnung mit der dem Schuldner als negotiorum gestor durch die Leistung erwachsenden Ersatzforderung eintritt. Für das ABGB. ist jedenfalls nur die letztere Anschauung gerechtfertigt. — In einzelnen Fällen gestattet das Gesetz die Leistung an den Gläubiger des Gläubigers; vgl. zB. § 121 Abs. 6 Gewerbe-Ordnung und § 22 Unfall-Versicherungs-Gesetz. — Trotz Leistung an den Gläubiger wird der Schuldner nicht befreit, wenn der Gläubiger sein Vermögen nicht selbst verwalten darf (zB. Minderjähriger, Kridatar); doch ist die Leistung insofern wirksam, als das Geleistete noch vorhanden oder zum Nutzen des Empfangsberechtigten verwendet worden ist (ABGB. § 1424).

beabsichtigt. Mangelt es an einer Erklärung eines Beteiligten, so gilt als getilgt: die Zinsschuld vor dem Kapital, die fällige Schuld vor der nicht fälligen, die dem Schuldner beschwerliche vor der weniger beschwerlichen, die ältere vor der jüngeren. Trifft keiner dieser Fälle zu, so sind die Schulden als anteilig getilgt zu betrachten (D. 46, 3, 1 ff., C. 8, 42, 1; ähnlich ABGB. §§ 1415 und 1416).

### b. Wirkungen der Erfüllung.

Durch die rechtswirksame Erfüllung wird das Schuldverhältnis ipso iure beseitigt. Den Beweis der Erfüllung, den der Schuldner zu führen hat, erbringt er durch Vorweisung einer Quittung (von quietatio, in den Quellen apŏcha, securitas), d. h. ein schriftliches Empfangsbekenntnis des Gläubigers[6])[7]).

---

[6]) Hierauf hat der Schuldner nach ABGB. § 1426 einen Anspruch. Dagegen war nach rR. ein besonderer Anspruch des Schuldners auf Quittungserteilung nicht anerkannt. Der Schuldner mußte, falls der Gläubiger die Erteilung einer apocha verweigerte, den Beweis der Zahlung durch Zeugenzuziehung sichern. Da Quittungen (gleich den Schuldscheinen S. 445[10]) vielfach vor der wirklichen Leistung ausgehändigt wurden, so bestimmte Justinian in C. 4, 30, 14, daß sie erst 30 Tage nach der Ausstellung volle Beweiskraft haben sollten. Diese Vorschrift ist in das ABGB. nicht aufgenommen.

Das rR. stellt beim Vorhandensein gewisser Umstände eine Rechtsvermutung für die Tilgung einer Schuld auf. Der Schuldner ist in diesen Fällen also, auch ohne daß er eine Quittung vorweisen kann, des ihm sonst zur Last fallenden Beweises der Erfüllung enthoben. Nach C. 10, 22, 3 soll bei Vorhandensein der Steuerquittungen der drei letzten Jahre die Tilgung der älteren Steuern vermutet werden. Durch die gemeinrechtliche Praxis wurde diese Vermutung auf alle terminlichen Leistungen (wie Zins- und Mietzahlungen) ausgedehnt. Ähnlich ABGB. § 1429. Vgl. ferner §§ 1427 und 1430 (Quittung über das Kapital begründet die Vermutung, daß die Zinsen bezahlt sind und: bei periodischer Verrechnung zwischen Handels- und Gewerbsleuten und ihren Kunden läßt die Quittung über eine spätere Periode die Begleichung der Schulden der früheren Periode vermuten). Nach D. 2, 14, 2, 1 wird durch die Rückgabe und nach D. 22, 3, 24 durch die Vernichtung der Schuldverschreibung („Kassation" durch Zerschneiden oder Zerreißen, „si chirographum cancellatum fuerit") eine Vermutung für die Tilgung der Schuld geschaffen. Ebenso betreffs der Rückgabe des Schuldscheines (ABGB. § 1428).

## § 78. Hinterlegung.

Ist der Gläubiger im Annahmeverzug (S. 430) oder kann der Schuldner aus einem sonstigen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde sich der ihm obliegenden Leistungen nicht entledigen, zB. wegen Ungewißheit über die Person des Gläubigers (D. 16, 3, 1, 37), so gewährt ihm das spätere[1]) römische und das moderne Recht das Mittel der Hinterlegung (depositio, nicht zu verwechseln mit dem depositum, dem Verwahrungsvertrage, unten § 100); d. h. der Schuldner ist berechtigt, sich dadurch von seiner Schuld zu befreien, daß er die geschuldete Sache an einer öffentlichen Stelle[2]) niederlegt, von welcher sie der Gläubiger (mit einer actio depositi utilis) abfordern mag.

Durch einige rechtmäßige, d. h. beim Vorliegen eines Hinterlegungsgrundes in der vorgeschriebenen Form erfolgte Hinterlegung wird der Schuldner ebenso wie durch Erfüllung befreit. Bei verzinslichen Geldschulden hört also der Zinsenlauf auf, die Gefahr der hinterlegten Sache geht auf den Gläubiger über, und die für die Schuld haftenden Pfänder und Bürgen werden frei[3]) (ABGB. § 1425).

---

[7]) In Rom wurde zwischen der Wirkung der acceptilatio (S. 491) und der apocha streng unterschieden; D. 46, 4, 19, 1: Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non alias, quam si pecunia soluta sit. Danach war die acceptilatio (als „imaginaria solutio", I. 3, 29, 1) gleich dem heutigen Erlaßvertrag (unten § 80) ein abstraktes, ohne Rücksicht auf das Vorhandensein des vorausgesetzten Tilgungsgrunds wirksames Tilgungsgeschäft, während die apocha reines Beweismittel war.

[1]) Nach früherem rR. konnte der Schuldner beim Annahmeverzuge des Gläubigers die Sache derelinquieren (oben S. 432).

[2]) In Rom in einem Tempel (Anm. 3) oder der kirchlichen oder städtischen Schatzkammer (in cimeliarchio, C. 11, 48, 20, 1), heute bei Gericht. Sind die Sachen zur gerichtlichen Hinterlegung nicht geeignet, so hat der Schuldner um deren Verwahrung anzusuchen. Kompetent zur Annahme ist jedes Gericht, dem ein Depositenamt zur Verfügung steht, also nicht die Oberlandesgerichte und der Oberste Gerichtshof (JN. Art. XVIII).

[3]) Vgl. C. 4, 32, 19: Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer ac, si non suscipiat,

## § 79. Aufrechnung.

### a. Begriff und geschichtliche Entwicklung.

Aufrechnung (Wettschlagung)[1]) ist Tilgung einer Forderung durch Anrechnung einer fälligen, gleichartigen Gegenforderung des Schuldners; D. 16, 2, 1: Compensatio („Aufwägung") est debiti et crediti inter se contributio.

Die Aufrechnung hat sich im rR. erst allmählich zu einem selbständigen Rechtsinstitut entwickelt.

1. Ursprünglich wurde die Tatsache, daß der seine Forderung einklagende Gläubiger gleichzeitig Schuldner des Beklagten war, nicht berücksichtigt. Vielmehr mußte dieser seine Forderung gegen den Kläger in einem besonderen Prozesse geltend machen. Hiervon wurden nur zwei Ausnahmen gemacht (vgl. G. 4, 61 ff.):

*α.* Argentarii (Bankiers) durften nur „cum compensatione agere", d. h. sie durften zur Vermeidung einer den Verlust des Anspruchs herbeiführenden pluris petitio re (S. 370[2]) gegen ihre Kunden nur auf den bei Vergleichung der beiderseitigen gleichartigen und fälligen Forderungen sich ergebenden Überschuß klagen, also, wie man heute beim Kontokurrentverkehr sagt, auf den beim Rechnungsabschlusse sich zu ihren Gunsten ergebenden „Saldo".

*β.* Der bonorum emptor (Konkursmassenkäufer), sollte „cum deductione agere", d. h. er mußte sich auf die von ihm erkauften Forderungen des Gemeinschuldners gegen dritte die Gegenansprüche der Schuldner gegen den Gemeinschuldner anrechnen lassen, auch wenn sie nicht fällig und gleichartig waren (vgl. KO. §§ 20 und 21).[2])

---

consignatam in publico depone, ut cursus usurarum legitimarum inhibeatur. In hoc autem casu publicum intellegi oportet vel sacratissimas aedes vel ubi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit. Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur et ius pignorum tollitur.

[1]) D. 16, 2 und C. 4, 31: De compensationibus.

[2]) Der argentarius durfte also schon seine intentio (S. 160[1]) nur auf den Saldo richten, sonst wurde er (wegen plus petitio re,

2. Mit Einführung der bonae fidei negotia (S. 357) konnte bei diesen das Vorhandensein von Gegenforderungen nicht unbeachtet bleiben. Denn da der iudex hierbei angewiesen wurde, den Beklagten nur auf das zu verurteilen, wozu dieser nach Treu und Glauben (ex fide bona) verpflichtet war, so mußte er mindestens die aus dem gleichen Rechtsverhältnis (ex eādem causa) entsprungenen Gegenansprüche des Beklagten in Rücksicht ziehen. Hierzu brauchte der Beklagte sich nicht durch die Einrückung einer exceptio doli (generalis) in die Klageformel zu sichern, denn „doli exceptio bonae fidei iudiciis inest“ (S. 356[14]). Anderseits brachte die Überlassung der Entscheidung an den iudex den Nachteil, daß die Berücksichtigung der Gegenforderungen der freien Beurteilung des iudex unterlag. Eine Aufrechnung der ex dispări causa, d. h. aus einem anderen Rechtsverhältnis als dem der Klageforderung zugrunde liegenden, entstandenen Forderungen fand auf dieser Stufe der Rechtsentwicklung noch nicht statt. Daher gab es überhaupt keine Aufrechnung gegen stricti iuris actiones, bei denen von „konnexen“, dem gleichen Rechtsverhältnisse entspringenden Gegenforderungen nicht die Rede sein konnte.

3. Mark Aurel endlich ließ die Kompensation auch ex dispari causa, also auch gegenüber stricti iuris actiones zu, sofern der Beklagte in iure, d. h. noch vor der Überweisung des Verfahrens an den iudex, die Einrückung einer exceptio doli (generalis, nach dem Grundsatze „dolo facit, qui petit quod redditurus est“, D. 50, 17, 173, 3) erwirkt hatte. Mit dem Fortfalle des Formularverfahrens wird auch diese prozeßrechtliche Vorbedingung hinfällig. Die Aufrechnung bedarf von jetzt an nicht mehr der Einfügung einer exceptio in die formula, sondern gilt, sofern sie nur vom Schuldner vor dem Urteil geltend gemacht wird, ohne weiteres als erfolgt (so erklärt sich das berühmte „ipso

---

S. 370[3]) ganz abgewiesen. Der bonorum emptor dagegen konnte seine intentio auf den Betrag der Forderung richten, der Prätor wies erst in der condemnatio den iudex an, den Beklagten nur cum deductione zu verurteilen.

iure compensatur", unten S. 489) und ist unter den später zu besprechenden Erfordernissen allen, selbst den dinglichen Ansprüchen gegenüber zulässig, nur nicht gegen die actio depositi directa[3]).

b. **Voraussetzungen der Aufrechnung** sind nach rR.: **Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Fälligkeit, Liquidität mehrerer einander gegenüberstehender rechtsgültiger Forderungen.**

1. **Vorhandensein rechtsgültiger Forderungen.** Zur Aufrechnung dienlich ist nur eine gültige, nicht eine einer peremtorischen Einrede unterworfene Forderung (D. 16, 2, 14: Quaecumque per exceptionem peremi possunt, in compensationem non veniunt); **Klagbarkeit** ist dagegen nicht erforderlich (D. 16, 2, 6: Etiam quod natura debetur, venit in compensationem[4]); vgl. oben S. 436).

2. **Gegenseitigkeit.** Grundsätzlich kann der Schuldner nur mit einer Forderung anfrechnen, die **ihm** gegen den **Gläubiger** zusteht (keine compensatio ex iure tertii, vgl. C. 4, 31, 9: Eius, quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest). Ausnahmsweise kann der Schuldner zur Aufrechnung benutzen:

---

[3]) Vgl. I. 4, 6, 30: In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. in quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum is cum quo actum est condemnari debeat. sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. sed nostra constitutio (C. 4, 31, 14) eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

Über den Unterschied der **Aufrechnung** vom **Zurückbehaltungsrecht** vgl. oben S. 436[6].

[4]) Ob Natural-Obligationen nach österr. Rechte stets, in gewissen Fällen oder gar nie kompensationsfähig sind, ist streitig. Das ABGB. enthält hierüber keine ausdrückliche Bestimmung.

*a.* Forderungen eines Dritten, so der Bürge[5]) nicht nur seine Forderungen, sondern auch die des Hauptschuldners (ebenso nach ABGB. arg. § 1363) und der Gesamtschuldner, auch die des Mitschuldners, falls ihm dieser regreßpflichtig ist (ebenso nach ABGB. § 896).[6])

*β.* Forderungen gegen einen Anderen als den Gläubiger, so der debitor cessus (unten § 82 b 1) die Forderungen nicht nur gegen den Zessionar, sondern auch gegen den Zedenten (vgl. ABGB. §§ 1442 und 1443).

3. Gleichartigkeit. Es muß die „Sache, die dem einen als Gläubiger gebürt, von diesem auch als Schuldner dem Anderen entrichtet werden" können (ABGB. § 1438). Speziesschulden sind nicht kompensabel. Forderungen auf ungleichartige Leistungen können nicht aufgerechnet werden[7]); als solche gelten unter Umständen (vgl. DBGB. § 391) auch Forderungen auf gleichartiges, wenn für sie verschiedene Leistungsorte bestehen.

4. Fälligkeit. Noch nicht fällige Forderungen an den Gläubiger können gegen dessen Willen nicht zur Aufrechnung benutzt werden (D. 16, 2, 7, pr.: Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit; ABGB. § 1439; Ausnahme: KO. § 20).

5. Liquidität oder wie das ABGB. sagt, „Richtigkeit". Justinian bestimmte bei der Neuregelung und Ausdehnung der Aufrechnung in C. 4, 31, 14, 1: Ita tamen compensationes obici iubemus, si causa ex qua compen-

---

[5]) D. 16, 2, 5: Si quid a fideiussore petetur, aequissimum est eligere fideiiussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit: sed et si utrumque velit compensare, audiendus est.

[6]) D. 45, 2, 10: Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.

[7]) Vgl. G. 4, 66, 6: In compensationem hoc solum vocatur, quod eiusdem generis et naturae est: veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino; adeo ut quibusdam placeat non omni modo vinum cum vino aut triticum cum tritico compensandum, sed ita si eiusdem naturae qualitatisque sit.

satur, liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. Danach sollten, um eine Verschleppung des Prozesses zu vermeiden, nur sofort klarzustellende, die Fällung der Entscheidung nicht verzögernde („liquide") Gegenforderungen berücksichtigt werden (liquidi cum illiquido nulla est compensatio).[8])

Ausgeschlossen ist nach rR. die Aufrechnung trotz Vorliegens aller Erfordernisse — abgesehen vom vertragsmäßigen Ausschlusse derselben — gegenüber einer Forderung wegen verbotener Eigenmacht (C. 4, 31, 14, 2: Possessionem autem alienam perperam — zu Unrecht — occupantibus compensatio non datur, ABGB. § 1440); gegenüber der actio depositi directa, auch wenn es sich um ein depositum irregulare handelt, wobei „tantundem eiusdem generis" zurückzugeben und daher Gleichartigkeit der Gegenansprüche denkbar ist (C. 4, 34, 11, weitergehend ABGB. § 1440); gegenüber gewissen Forderungen der öffentlichen Verbände, besonders für Abgaben (D. 16, 2, 20; 49, 14, 46, 5, C. 4, 31, 3 und 7). Gegenüber Forderungen des Fiskus können ferner überhaupt nur Gegenforderungen, die aus derselben statio fisci zu berichtigen sind, aufgerechnet werden (S. 198[8]). Ebenso ABGB. § 1441.

c. Wirkung der Aufrechnung.

1. Die römischen Quellen erklären an verschiedenen Stellen, daß „ipso iure compensatur" (D. 16, 2, 4 und 10, pr., C. 4, 31, 4 und 14, pr.). Das bedeutet nicht, wie der Glossator Martinus (S. 143) meinte, daß mit dem Augenblicke des Gegenüberbestehens aufrechnungsfähiger Forderungen diese von selbst (sine facto hominis) als getilgt anzusehen sind. Vielmehr bedarf es, wie schon Azo lehrte (ebenso ABGB. §§ 1438, 1443, 1109 verbo: „Einwendung"), zur Herbeiführung der Aufrechnung stets

[8]) Das ABGB. hat diese Voraussetzung der Aufrechnung ebenfalls aufgenommen; nach CPO. § 391 hat sie jedoch nur mehr prozessuale Bedeutung.

einer Erklärung des einen gegenüber dem andern Beteiligten und der — aus der geschichtlichen Entwicklung der Aufrechnung zu erklärende[9]) — Satz „ipso iure compensatur" bedeutet nur, daß falls die Aufrechnungserklärung abgegeben wird, die Forderungen, soweit sie sich decken (quoad summam concurrentem) als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind[10]).

2. Compensatio compensationis non datur, d. h. der Gläubiger, welcher eine von mehreren ihm gegen den Schuldner zustehenden Forderungen einklagt, kann die exceptio compensationis des Schuldners nicht durch eine auf eine der nicht eingeklagten Forderungen gestützte replica compensationis beseitigen.

3. Wer trotz der Möglichkeit einer Aufrechnung zahlt, kann nach rR. das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückfordern[11]).

## § 80. Erlaß.

Erlaß ist Befreiung des Schuldners durch Vertrag mit dem Gläubiger. Ein Erlaß kann nach rR. durch zwei

---

[9]) Ehemals wirkte die Aufrechnung nur im Falle der in iure zu beantragenden Einfügung einer exceptio, also nur ope exceptionis, später ohne dies, ipso iure (S. 365). Dernburg weist zur Erklärung des Satzes ipso iure compensatur darauf hin, daß ehemals die Zulassung der Aufrechnung im Belieben des iudex gelegen habe (vgl. den erst von Studemundt entzifferten Satz in G. 4, 63: Liberum est tamen iudici, nulla omnino invicem compensationis rationem habere), während sie später „von Rechts wegen" (ipso iure), nicht nach dem Belieben des Richters eintrat.

[10]) Hat also A eine verzinsliche Forderung an B und erwirbt B am 1. Juli 1906 durch Abtretung Cs unverzinsliche Forderung gleicher Höhe gegen A, so braucht B vom 1. Juli 1906 ab keine Zinsen zu zahlen, auch wenn B erst am 1. Juli 1908 die Aufrechnungserklärung abgibt; D. 16, 2, 11.

[11]) D. 16, 2, 10, 1: Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto. Der Schuldner konnte aber natürlich statt der condictio indebiti auch das (nicht aufgerechnete) Forderungsrecht geltend machen (D. 12, 6, 30).

nach Form und Wirkung verschiedene Rechtsinstitute herbeigeführt werden: durch acceptilatio und durch pactum de non petendo.

a. Die acceptilatio ist ein formelles, der Bedingung und Befristung unzugängliches und nur Verbalobligationen gegenüber als Lösungsmittel geeignetes Rechtsgeschäft, während das dem prätorischen Recht entstammende pactum de non petendo formlos, bei allen Schuldverhältnissen und auch auf Zeit oder bedingt anwendbar ist[1]).

b. Nach rR. bewirkt die acceptilatio die Auflösung des Schuldverhältnisses ipso iure. Dagegen erzeugt das pactum de non petendo nur eine exceptio pacti, die der Schuldner geltend machen muß (und zwar zur Zeit des Formularverfahrens bereits in iure, um die Einrückung der Klausel „si non inter partes convenerit, ne pecunia peteretur" zu erreichen).[2]) Nur gewisse Strafklagen (actio furti und actio iniuriarum) werden durch ein pactum de non petendo schon ipso iure beseitigt (D. 2, 14, 17, 1).[3])

[1]) Ein als acceptilatio unwirksames Geschäft konnte mitunter (im Wege einer Konversion, S. 280) als pactum de non petendo wirksam werden; vgl. zB. D. 46, 4, 19, pr.: Si accepto latum fuerit ei, qui non verbis, sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest.

[2]) Das (in D. 2, 14, C. 2, 3: De pactis behandelte) pactum de non petendo kam entweder in personam oder in rem gerichtet sein und zwar im ersteren Fall entweder in personam debitoris, wenn die exceptio pacti nur dem Schuldner persönlich, nicht seinem Erben oder Mitschuldner zusteht, oder in personam creditoris, wenn die Einrede nur dem Gläubiger persönlich, nicht auch seinem Erben entgegengestellt werden kann. Aus einem in rem geschlossenen pactum de non petendo dagegen entsteht eine exceptio pacti für und gegen jeden am Schuldverhältnisse Beteiligten.

[3]) Nach ABGB. § 1444 ist der Entsagungsvertrag an keine Form gebunden. Durch den Erlaß wird das Schuldverhältnis ipso iure beseitigt.

# Vierter Abschnitt.

# Übertragung der Forderung.

## § 81. Voraussetzungen des Forderungsübergangs.

a. Forderungsübergang. Geschichte.

Bei der Auffassung der obligatio als eines iuris vinculum (S. 394) erschien es nach rR. — abgesehen vom Erbgange, wobei der Erbe die Rechtspersönlichkeit des Erblassers mit der seinen vereint — begrifflich unmöglich, das Gläubigerrecht vom Gläubiger, die Schuldpflicht vom Schuldner zu trennen. Sollte der ursprüngliche Gläubiger oder Schuldner durch eine andere Person ersetzt werden, so war dies nur im Wege einer Novation (S. 477) möglich, wobei jedoch nicht das bisherige Schuldverhältnis fortgesetzt, sondern an seine Stelle ein neues gesetzt wurde. Die Folge davon war, daß es zur Begründung des neuen Schuldverhältnisses stets der Mitwirkung des bisherigen Schuldners bedurfte und daß dem neu begründeten Schuldverhältnisse gegenüber Einreden aus dem früheren unzulässig waren, während anderseits die für das frühere Schuldverhältnis bestehenden Sicherheiten (Bürgen, Pfänder) sich auf das neue nicht übertrugen, vielmehr mangels erneuter Begründung untergingen (S. 479).

Diese das Verkehrsleben hemmende Unlösbarkeit des Schuldverhältnisses von der Person der ursprünglich Beteiligten ist hinsichtlich der passiven Seite, des Eintritts eines neuen Schuldners in das fortbestehende Schuldverhältnis vom rR. niemals verlassen worden. Die Römer haben nie eine Schuldübernahme in dem unten § 83 zu erörternden

Sinne gekannt. Dagegen ließen sie hinsichtlich der Aktivseite, also des Eintritts eines neuen Gläubigers eine gewisse Lockerung zu, wenn auch stets nur auf Umwegen und unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung des Gedankens, daß das Gläubigerrecht von der Person des ursprünglichen Gläubigers untrennbar ist.

1. Mandatum ad agendum in rem suam.

Durch das Formularverfahren wurde die Möglichkeit geschaffen, Klagen durch Stellvertreter anzustellen (S. 372 [5]). Wollte nun Titius eine ihm gegen Mävius zustehende Forderung dem Sejus zuwenden, so wies er diesen an, als procurator die Klage zu erheben und das Erhaltene für sich zu behalten (G. 2, 38 ff.). Sejus war nach außen, dem Mävius gegenüber, Stellvertreter des Titius, nach innen, dem Titius gegenüber, Empfangsberechtigter (procurator in rem suam).[1])

2. Actio utilis.

Der in dem mandatum ad agendum in rem suam liegende Behelf gewährte dem Forderungserwerber (Zessionar) eine sehr unsichere Rechtsstellung. Denn da er zu dem ursprünglichen Gläubiger (Zedenten) im Verhältnis eines Beauftragten (Mandatars) zum Auftraggeber (Mandanten) stand, so konnte sein mandatum ad agendum ihm durch einfachen Widerruf des Auftrags entzogen werden; es erlosch ferner durch den Tod des Zedenten oder Zessionars von selbst, und endlich konnte der Schuldner (debitor cessus) statt an den Beauftragten immer noch auch an den Auftraggeber leisten. Erst mit der Litiskontestation, also der Aushändigung der auf seinen Namen gestellten Formel an den Zessionar, erhielt dieser ein unmittelbares

[1]) In der Klagformel trat diese Doppelstellung dadurch in die Erscheinung, daß die intentio auf den ursprünglichen Gläubiger, die condemnatio auf den in dessen Namen auftretenden Empfangsberechtigten gestellt wurde (Si paret, Maevium Titio decem dare oportere, Maevium Seio decem condemna, si non paret, absolve; G. 4, 86).

und unentziehbares Recht gegen den debitor cessus; denn damit war der Anspruch des Gläubigers verbraucht (S. 370).

Um den Zessionar (oder richter Inkassomandatar) nun auch für die Zeit vor der Litiskontestation sicher zu stellen, wurde in der Kaiserzeit (zuerst von Antoninus Pius zugunsten des Erbschaftskäufers, D. 2, 14, 16, pr., dann auch für den Forderungskauf, C. 4, 39, 8, endlich ganz allgemein) dem Zessionar schon von Abschluß des Übertragungsvertrags an das Recht gewährt, die erworbene Forderung im eigenen Namen durch eine der Klage des Zedenten nachgebildete Klage, also durch eine actio utilis (S. 350) geltend zu machen (D. 20, 1, 20). Da nunmehr der Zessionar nicht mehr alieno, sondern suo nomine klagte (daher lautete die intentio auch nicht mehr auf den Zedenten, S. 493[1], sondern auf den Zessionar), war sein Recht dem Widerrufe des Zedenten entzogen und vererblich.

3. Denuntiatio.

Die Gewährung einer actio utilis befestigte das Recht des Zessionars jedoch nur dem Zedenten, nicht auch dem Schuldner, dem debitor cessus, gegenüber. Für diesen galt, bis mit dem Zessionar die Litiskontestation stattgefunden hatte, der Zedent als alleiniger Gläubiger. Bis zur Litiskontestation konnte der Schuldner durch Leistung an den Zedenten das Recht des Zessionars also immer noch vernichten. Um den Zessionar auch dem debitor cessus gegenüber schon vor der Litiskontestation sicher zu stellen, wurde die denuntiatio oder certioratio eingeführt, d. h. man legte einer den debitor cessus von der Übertragung in Kenntnis setzenden Benachrichtigung durch den Zessionar die Wirkung der Litiskontestation bei. Dies wird in einer Konstitution Gordians III. (239 n. Chr., aufgenommen in C. 8, 41, 3, pr.) ausdrücklich anerkannt. Nunmehr hatte der Zessionar also schon von der Denuntiation an gegen den debitor cessus ein festes Recht auf Empfangnahme der Leistung[2]).

[2]) Über diese Rechtsbehelfe ist das rR. (D. 18, 4 und C. 4, 39: De hereditate vel actione vendita) niemals hinausgegangen. Auch

### b. Arten des Forderungsübergangs.

Der Übergang einer Forderung kann sich vollziehen:

1. durch einen Vertrag (Abtretung, cessio voluntaria);[3])

2. durch richterliche Überweisung (cessio necessaria), so bei Auseinandersetzungen (zB. zwischen Miterben) und im Zwangsvollstreckungsverfahren (EO. §§ 305 ff., 316, 318);

3. kraft Gesetzes (cessio legis).[4])

---

auf seiner letzten Entwicklungsstufe hat es nie den wirklichen Eintritt des Zessionars an die Stelle des Zedenten in das zwischen diesem und dem Schuldner bestehende Schuldverhältnis für möglich erachtet, sondern ist dabei stehen geblieben, daß der Zessionar nur die dem Zedenten zustehenden Rechte, insbesondere dessen Klagerecht, zur eigenen Ausübung übertragen erhalte. Daher sprechen die Quellen meist nicht von „cedere nomen" sondern von „mandare" oder „cedere actionem" (C. 8, 41, 3, pr.); vgl. jedoch zB. C. 4, 35, 23 (transferre debitum). Dagegen hat die herrschende Meinung des Gem. Recht (gegen Mühlenbruch, Puchta, Bangerow) und ebenso ABGB. §§ 1392 und 1375 die Übertragbarkeit der Forderung selbst, also des Eintritts eines neuen Gläubigers an Stelle des bisherigen unter sonstiger Aufrechterhaltung des bisherigen Schuldverhältnisses anerkannt.

[3]) Die causa des Abtretungsvertrages kann sehr verschieden sein; der Zedent kann ein Geschenk machen, ein Darlehen gewähren oder eine Schuld abtragen wollen usw. Die causa des Geschäftes ist für die Frage der Haftung des Zedenten gegenüber dem Zessionar von Bedeutung.

[4]) Von cessio necessaria spricht man allerdings nicht nur in dem Falle, in welchem der Richter jemandem ein einem anderen gehörendes Forderungsrecht (konstitutiv) zuweist, sondern auch im Sinne von erzwingbarer Abtretung, wobei der Richter also nur (deklaratorisch) ausspricht, daß jemand zur Abgabe einer Abtretungserklärung (auf Grund einer causa cessionis) verpflichtet ist; in diesem Falle gilt die Erklärung mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben (EO. § 367). Unrichtig ist aber die früher verbreitete Anschauung (Savigny, Puchta), daß im Falle einer erzwingbaren Zession die Forderung von Rechts wegen auf den Zessionar übergehe, daß also jede cessio necessaria (im Sinne von erzwingbarer Abtretung) als cessio legis gelte. Eine cessio legis liegt vielmehr nur dann vor, wenn das Gesetz erklärt, daß unter gewissen Voraussetzungen eine für jemanden entstandene Forderung unmittelbar als Forderung eines anderen gelte. Ein Beispiel einer cessio legis gibt ABGB. § 1358: Der Bürge,

c. Übertragbarkeit der Forderungen.

Grundsätzlich sind alle Forderungen übertragbar zessibel (ABGB. § 1393), auch bedingte und befristete (D. 18, 4, 17 u. 19). Die regelwidrige Unübertragbarkeit einer Forderung kann sich ergeben:

1. aus ihrer Natur; so sind akzessorische Rechte (S. 209, Pfand-, Bürgschafts-, Vorzugs-, Zurückbehaltungsrechte) grundsätzlich nur mit der Hauptforderung übertragbar, es sei denn, daß sie eine Selbständigkeit erlangen können (wie verfallene Zinsen, S. 405, und Vertragsstrafen, S. 467); ferner sind unübertragbar iura personalissima, d. h. Forderungen, die einem persönlichen Bedürfnisse eines bestimmten Berechtigten entsprechen (wie Alimentenforderungen) und solche Forderungen, welche die Genugtuung eines Verletzten bezwecken, wie die actiones vindictam spirantes und die actio iniuriarum (unten § 112);[5]) auch actiones populares sind nicht abtretbar (D. 47, 2, 5 u. 7);

2. aus rechtsgeschäftlicher Anordnung, besonders einem pactum de non cedendo (so bei nur für die Person gültigen Abonnements usw.);

3. aus einer behördlichen Anordnung; vgl. EO. § 294 (Verbot an den Verpflichteten zur Verfügung über die gepfändete Forderung);

4. unmittelbar aus dem Gesetze. Nach rR. gehören hierher:

α. die Unübertragbarkeit der actio litigiosa (S. 375);

β. das Verbot der cessio ad potentiorem. Nach C. 2, 13, 2 ist bei Strafe der Befreiung des Schuldners („iactura multentur") die Abtretung einer Forderung an einen potentior, d. h. einen in einflußreicherer

---

der die verbürgte Schuld zahlt, tritt dadurch ipso iure in die Rechte des Gläubigers gegen den Schuldner. — Ein anderer Fall einer cessio legis findet sich in HGB. Art. 405.

[5]) Als actio vindictam spirans kommt für das österr. Recht einzig der Anspruch auf Schmerzensgeld in Betracht (ABGB. § 1325).

sozialer Stellung als der bisherige Gläubiger Stehenden, verboten[6]);

γ. das Verbot der Abtretung von Forderungen gegen den Mündel an den Vormund. Nach Nov. 72, 5 darf der Gläubiger einer Forderung gegen einen Mündel sie bei Strafe ihres Verlusts nicht an dessen gegenwärtigen oder ehemaligen Vormund abtreten[7]).

## § 82. Wirkungen des Forderungsübergangs.

### a. Verhältnis des bisherigen zum neuen Gläubiger.

1. Für das Verhältnis des Zedenten zum Zessionar kommt es auf die vollzogene Abtretung an. Schon hiermit geht die Forderung aus dem Vermögen des Zedenten in das des Zessionars über, nicht erst mit der Benachrichtigung (denuntiatio) oder Kenntnis des debitor cessus, vielmehr haben diese Vorgänge nur für das Verhältnis des Gläubigers zum debitor cessus Bedeutung (unten b).

Die Forderung geht daher auf den Zessionar in dem Zustande über, in dem sie sich zur Zeit der Abtretung

---

[6]) In Anwendung des gleichen Gedankens und zur Verhütung der Umgehung des Zinsenverbots (S. 409[9]) untersagte der Reichsabschied von 1551 und die Reichspolizeiordnung von 1577 die Abtretung der Forderung eines Juden gegen einen Christen an einen Christen.

[7]) Von diesen Verboten ist nichts in das ABGB. übergegangen. Nach ABGB. sind dagegen nicht übertragbar Forderungen:

a. wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann; zB. der Vorbehalt des Wiederkaufes, Rückverkaufes und Vorkaufes (§§ 1070, 1071 und 1074), die Rechte der Gesellschafter (§ 1186);

b. in der Regel — doch keineswegs allgemein wie nach DBGB. § 400 — Forderungen, die der Pfändung nicht unterworfen sind, zB. die unpfändbaren Bezüge der öffentlichen Beamten (Gesetz vom 21. April 1882) und die nicht exekutierbaren Entschädigungsansprüche gegen Arbeiter-Unfall- und Krankenversicherungsanstalten (Gesetz vom 28. Dezember 1887).

befand (ABGB. § 1394), also mit den Nebenrechten und denjenigen Vorzugsrechten, die sich aus der Art der Forderung ergeben (privilegia causae), zu denen auch Konkurs- und Vollstreckungsvorzüge (privilegia exigendi) gehören, dagegen gehen die dem Zedenten wegen seiner Persönlichkeit zustehenden privilegia personae nicht mit über (zB. das beneficium competentiae, D. 26, 7, 42, S. 434 oder das Armenrecht).

2. Die Haftung des Zedenten dafür, daß die abgetretene Forderung besteht (nomen verum esse, „Richtigkeit der Forderung") und daß der debitor cessus leistungsfähig ist (nomen bonum esse, „Einbringlichkeit der Forderung") bestimmt sich nach der causa cessionis; sie findet nur bei entgeltlicher Zession statt, also nicht bei einer Zession donandi causa (ABGB. § 1397).[1]) Jedenfalls hat jeder Zessionar nur gegen seinen unmittelbaren Vormann Regreß, (sog. regressus per gradum, Staffelregreß), nicht unter dessen Überspringung gegen einen beliebigen früheren Zedenten der Forderung (wie nach WO. Art. 49, sog. regressus per saltum, Sprungregreß).

b. Verhältnis des Schuldners zum Zedenten und zum Zessionar.

1. Die Rechtsstellung des Schuldners (debitor cessus) darf durch die ohne seine Mitwirkung erfolgende Abtretung nicht verschlechtert werden. Daraus folgt, daß der Schuldner dem Zessionar nicht nur die ihm gegen diesen persönlich zustehenden, sondern auch diejenigen Einwendungen entgegensetzen kann, die zur Zeit der Abtretung gegen den

[1]) ABGB. § 1397 beschränkt die Haftung des Zedenten für die Bonität der Forderung auf den Betrag, den der Zedent vom Zessionar erhalten hat. — Vgl. ferner ABGB. §§ 1398 und 1399. — War der Zedent kraft eines besonderen Rechtsgrundes (nicht infolge eines Rechtsgeschäftes) zur Zession verpflichtet, so trifft ihn keine Haftung (ABGB. § 1422). Vgl. jedoch EO. § 316: Der Verpflichtete, dessen Forderung gepfändet und an seinen betreibenden Gläubiger an Zahlungs Statt überwiesen wurde, haftet für sie nach dem ABGB. §§ 1397 ff.

Zedenten begründet waren (ebenso ABGB. § 1394);[2]) der Schuldner kann daher auch dem Zessionar gegenüber mit einer ihm vor der Zession gegen den Zedenten erwachsenen Gegenforderung aufrechnen.

2. Eine besondere Einwendung kann der debitor cessus auf den Abtretungsvertrag stützen, obgleich er bei ihm nicht beteiligt ist (also entgegen dem Grundsatze von der Unzulässigkeit einer exceptio de iure tertii, S. 366). Durch ein Gesetz von 506 (C. 4, 35, 22, sog. lex Anastasiana) bestimmte Kaiser Anastasius, um wucherlichen Forderungskäufen entgegenzutreten, daß der Käufer einer Forderung (und sein Zessionar) nur den Kaufpreis (also die Zessionsvaluta) unter Zurechnung landesüblicher Zinsen, nicht den Nominalwert solle geltend machen dürfen: ita tamen, ut, si quis datis pecuniis huius modi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum eius actiones exercere permittatur. Auf den nicht durch Kauf herbeigeführten Forderungserwerb, zB. bei Schenkung, Hingabe an Zahlungs Statt, Auseinandersetzung unter Miterben, fand die lex Anastasiana keine Anwendung, natürlich aber auf in fraudem legis gerichtete Umgehungen, zB. den Verkauf eines Teils der Forderung unter Schenkung des Rests (C. 4, 32, 23).[3])

3. Während im Verhältnis des Zedenten zum Zessionar der Augenblick der Abtretung maßgebend ist (S. 497), kommt es dem Schuldner gegenüber auf den Augenblick an, in welchem er von der Abtretung Kenntnis erhält und zwar

---

[2]) Bei mehreren aufeinanderfolgenden Zessionen kann der Zessus nur mit einer Forderung gegen den ersten Gläubiger oder mit einer Forderung gegen den letzten, nicht auch mit einer Forderung gegen einen der Zwischeninhaber kompensieren. ABGB. § 1442. — Der Zessus verliert alle Einwendungen aus der Person des Zedenten, wenn er die Forderung gegen den redlichen Zessionar für richtig erkannt hat. ABGB. § 1396.

[3]) Hiervon ist nichts in das ABGB. übergegangen. Etwas ganz anderes ist die oben in Note 1 erwähnte beschränkte Haftung des Zedenten für die Bonität. ABGB. § 1397.

durch eine förmliche Benachrichtigung (denuntiatio, vgl. C. 8, 41, 3, pr.) des Schuldners seitens eines Beteiligten[4]). Hat der debitor cessus nach der Abtretung, aber vor der Denuntiation mit dem Zedenten einen Rechtsakt vorgenommen, zB. ihm gekündigt oder geleistet, so muß der Zessionar dies gegen sich gelten lassen; er hat aber gegen den Zedenten einen Anspruch auf Herausgabe des unberechtigt Eingenommenen (D. 18, 4, 23, 1). Dasselbe gilt, wenn der Zedent die gleiche Forderung hintereinander an mehrere Personen abtritt. Der wahre Empfangsberechtigte ist dann der erste Zessionar. Dieser muß aber die vom Schuldner in Unkenntnis der früheren Abtretung an den früheren Erwerber bewirkte Leistung gegen sich gelten lassen (vgl. ABGB. §§ 1395 u. 1396).

---

[4]) Nur für den Erbschaftskauf war nach D. 2, 15, 17 die Benachrichtigung der Erbschaftsschuldner nicht notwendig; schon von ihrer Kenntnis des Verkaufs an konnten sie mit dem Verkäufer nicht mehr rechtswirksam verhandeln. Nach deutschem BGB. verhindert allgemein schon die sichere Kenntnis von der Abtretung auch ohne Benachrichtigung des debitor cessus jedes rechtswirksame Verhandeln zwischen ihm und dem Zedenten (§§ 407 ff.). Auch für das österr. Recht wird vielfach angenommen, daß jede sichere Kenntnis des Zessus genüge, wiewohl ABGB. § 1396 („sobald ihm [dem Schuldner] der Übernehmer bekannt gemacht worden ist . . .") dagegen zu sprechen scheint.

# Fünfter Abschnitt. Schuldübernahme.

## § 83. Die Schuldübernahme.

### a. Begriff.

Der Eintritt eines bisher Unbeteiligten in ein bestehendes und weiter bestehendes Schuldverhältnis (Interzession) kann geschehen:

1. durch Vertrag des Dritten mit dem Schuldner (Schuldübernahme, Schuldbefreiungsvertrag, Anweisung [Assignation], ABGB. §§ 1400, 1402), der den Gläubiger, falls er ihm nicht beitritt, nichts angeht[1]);

2. durch Vertrag des Dritten mit dem Gläubiger, sei es, daß

*α.* der bisherige Schuldner weiter verhaftet bleibt (sog. kumulative Interzession, so bei der Übernahme einer korrealen Haftung, S. 507, einer Bürgschaft, unten § 105, und bei der Bestellung eines Pfandes für die Schuld eines Dritten, unten § 139 a 2 *β*);

*β.* daß der neue Schuldner an die Stelle des frei werdenden bisherigen Schuldners tritt (privative oder translative Interzession).[2])

---

[1]) Der Gläubiger erhält also (zB. wenn der Erbe die Erbschaft an einen Dritten verkauft, C. 4, 39, 2) keinen Anspruch gegen den Dritten, es sei denn, daß dieser mit dem Gläubiger eine Litiskontestation vornimmt (C. 2, 2, 3).

[2]) Von tacita intercessio oder Intervention — das ABGB. erwähnt sie nicht — spricht man, wenn jemand von vornherein für einen Anderen eine Schuld auf sich nimmt, so wenn A von B ein Darlehen aufnimmt, um seinem bei B keinen Kredit genießenden Freunde C Geld zu verschaffen. Dann wird A Schuldner des B und C Schuldner des A; dagegen entsteht zwischen B und C kein Schuldverhältnis, da das Motiv, das den A zur

### b. Zulässigkeit.

Während der Eintritt eines neuen Gläubigers an Stelle des bisherigen unter sonstiger Aufrechterhaltung des bisherigen Schuldverhältnisses im späteren rR., wenn auch auf Umwegen (S. 493) zugelassen wurde, hat das rR. den Eintritt eines neuen Schuldners an Stelle des bisherigen stets nur in der Form der Novation (Expromission und passive Delegation, S. 478) zugelassen, deren Eigentümlichkeit aber gerade darin besteht, daß nicht in einem fortbestehenden Schuldverhältnis nur ein Personenwechsel auf der Schuldnerseite stattfindet, sondern daß vielmehr an die Stelle eines beseitigten ein neues Schuldverhältnis tritt[3]).

---

Darlehnsaufnahme veranlaßt hat, rechtlich bedeutungslos ist, außer für die Anwendung des SC. Velleianum (S. 250): ist eine Ehefrau im Interesse ihres Mannrs eine Schuld eingegangen, so unterliegt diese in allen Fällen der Exceptio SC. Velleiani, gleichgültig ob die Frau die Schuld von vornherein für ihren Mann eingegangen ist (tacita intercessio) oder eine von ihm bereits eingegangene Schuld neben ihm (kumulativ, Bürgschaft) oder an seiner Stelle (privativ, Expromission) übernommen hat; vgl. D. 16, 1, 8, 14 u. 16, 1, 39 sowie unten § 105[2].

Wird die Interzession einer Frau mit der exceptio SC. Velleiani angefochten, so kann der Gläubiger sich an den wahren Schuldner halten (D. 16, 1, 1, 2): bei kumulativer Interzession bleibt der eigentliche Schuldner ohne weiteres verhaftet, bei privativer Interzession wird dem Gläubiger gegen den an sich befreiten Schuldner die bisherige Klage als actio restitutoria (D. 16, 1, 8, 7), bei tacita interventio wird gegen den bisher zu dem Gläubiger der Frau in keine unmittelbare Rechtsbeziehung getretenen wahren Schuldner die gegen die Frau gegebene Klage als actio institutoria gewährt (D. 19, 1, 8, 14: Si, cum essem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham, videtur intercessisse: quo casu datur in te actio, quae instituit magis quam restituit obligationem, ut perinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier est obligata).

[3]) Dagegen erkennt das ABGB. eine wahre Schuldübernahme an. Eine solche liegt dann vor, wenn der Schuldner einen Dritten dem Gläubiger als Alleinbezahler stellt, dieser den Dritten annimmt und den bisherigen Schuldner entläßt. ABGB. § 1407. Die Schuldübernahme kommt vielfach als Bestandteil eines anderen Geschäftes, zB. der Übernahme einer Firma vor. Der Käufer der Firma übernimmt nicht bloß die Waren und die Forderungen, sondern auch die Schulden des Geschäftes.

# Sechster Abschnitt.

# Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern[1].

## § 84. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

a. Beteiligung mehrerer an einem Schuldverhältnisse.

Jedes Schuldverhältnis setzt zwei „Parteien", d. h. in verschiedener Richtung Beteiligte voraus (S. 393), eine, die eine Leistung bewirken soll (Schuldner) und eine, der sie gemacht werden soll (Gläubiger). Jede Partei kann nun wieder aus mehreren Personen bestehen; Mehrheit von Schuldnern oder von Gläubigern. Für das Verhältnis dieser mehreren Parteigenossen zur Gegenpartei und untereinander können nun verschiedene Prinzipien maßgebend sein. Haben zB. A und B von C 1000 K. zu fordern oder schulden D und E dem F 1000 K., so kann gelten:

1. das Teilungsprinzip, d. h. A und B können von C, und F kann von D und E je einen Teil der 1000 K. verlangen;

2. der Grundsatz der Vervielfältigung, d. h. A und B können jeder von C, und F kann von D und E je 1000 K. verlangen[2]);

---

[1]) I. 3, 16: De duobus reis stipulandi et promittendi; D. 45, 2: De duobus reis constituendis; C. 8, 39: De duobus reis stipulandi et duobus reis promittendi.

[2]) In Rom fand eine solche Multiplikation oder Kumulation der Leistungspflicht kraft Gesetzes bei den privaten Strafklagen

3. das Prinzip der Gesamtforderung oder der Gesamtschuld, d. h. A kann von C 1000 K. fordern und B kann von C 1000 K. fordern, durch die einmalige Leistung von 1000 K. an A oder an B wird C der ganzen Schuld ledig; und ebenso kann F von D 1000 K. fordern und von E 1000 K. fordern, sobald er aber im ganzen 1000 K. erhalten hat, sind beide Schuldner befreit. Derartige Schuldverhältnisse bei denen jeder der mehreren Gläubiger (Gesamtgläubiger, correi credendi s. stipulandi) die ganze Leistung fordern kann, jeder der mehreren Schuldner (Gesamtschuldner, correi debendi s. promittendi) die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist, aber die Leistung nur einmal zu bewirken ist, heißen Korrealobligationen[3]).

---

statt; zB. ging die actio furti (unten § 112 b 1) gegen jeden Dieb und Gehilfen auf das Vierfache (bei furtum manifestum) oder auf das Doppelte (bei furtum nec manifestum); vgl. ferner D. 9, 2, 11, 2: ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena. Das moderne Civil-Recht kennt eine derartige Vervielfältigung nicht.

[3]) Nicht alle Korrealobligationen werden in den Quellen des rR., wie Keller (1799—1860, Puchtas Nachfolger in Berlin, „Litiskontestation und Urteil", 1829) und Ribbentrop (1798—1874, Professor in Göttingen, „Zur Lehre von den Korrealobligationen", 1831) nachgewiesen haben, gleichartig behandelt. In einzelnen Fällen wird nämlich die Korrealobligation nur durch die Erfüllung und ihre Surrogate (S. 471) beseitigt, während in anderen Fällen auch sonstige Tatsachen, insbesondere die Akzeptilation und vor Justinian (S. 507[3]) die Litiskontestation eines Korrealgläubigers mit dem Schuldner, oder des Gläubigers mit einem Korrealschuldner den Ausschluß der übrigen Gläubiger und die Befreiung der übrigen Schuldner bewirken, „gesamtzerstörliche Wirkung" haben. Vgl. D. 45, 2, 2: Cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sint, ipso iure et singuli in solidum debentur et singuli debent: ideoque petitione acceptilatione unius tota solvitur obligatio, und dagegen D. 27, 6, 7, 4 und 8: Si plures sint qui auctores fuerunt, perceptione ab uno facta et ceteri liberantur, non electione: et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in reliquos non denegandum in id quod deest Sabinus scribit. Nach der ersteren Stelle werden bei einer durch Stipulation erzeugten Gesamtschuld schon durch die Litiskontestation des Gläubigers mit einem der Gesamtschuldner die übrigen befreit, während nach der zweiten, eine Haftung für außer-

### b. Mehrheit von Schuldnern (passive Korrealität).

**1. Für das rR. kommt, da das Prinzip der Vervielfältigung nur für die Privatstrafklagen zur Anwendung ge-**

---

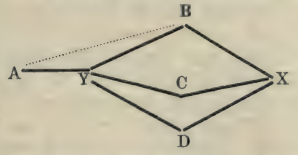
kontraktlichen Schaden betreffenden Stelle diese Wirkung erst als Folge der Erfüllung eintritt.

Kann jemand eine Forderung gegen mehrere Personen oder auf mehreren Wegen verwirklichen, stehen ihm also nach römischer Sprechweise mehrere actiones zur Herbeiführung des gleichen rechtlichen Erfolgs zu Gebote (zB. der Eigentümer kann die von ihm verliehene Sache vom Entleiher entweder mit der dinglichen rei vindicatio oder mit der persönlichen actio commodati zurückverlangen), so spricht man von (S. 336[2]) Klagenkonkurrenz, und zwar von alternativer, wenn schon die in der Klageerhebung betätigte Wahl, von elektiver, wenn erst die erfolgreiche Durchführung der einen Klage die andere ausschließt. Nach dieser Sprechweise war vor Justinian im Falle der Korrealobligation eine alternative, im Falle der Solidarobligation eine elektive Klagenkonkurrenz begründet.

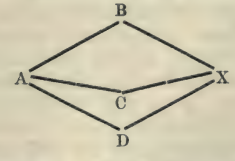
Seit Kellers und Ribbentrops Entdeckung unterschied man zwei Arten der Gesamtforderung und Gesamtschuld: die eigentliche, echte Korrealobligation und die uneigentliche, unechte Korrealobligation oder Solidarobligation. Worin aber der begriffliche Unterschied zwischen der Korreal- und der bloßen Solidarobligation liege und welches die praktischen Folgen dieser Unterscheidung seien, darüber entspann sich ein berühmter, auch heute noch nicht entschiedener Streit.

a. Nach der herrschenden sog. Einheitstheorie (Windscheid) ist die Korrealobligation ein einheitliches Schuldverhältnis, bei der nur auf der einen oder anderen Seite mehrere Personen beteiligt sind (una obligatio, plures personae), die Solidarobligation eine nur durch das Hinstreben auf denselben Leistungsgegenstand herbeigeführte Vereinigung mehrerer selbständiger Obligationen. Die Idee der Einheitstheorie läßt sich wie folgt veranschaulichen:

Korrealobligation:




Solidarobligation:




A ist der Gläubiger, X der Leistungsgegenstand, B, C, D sind die Schuldner. Will A den Gegenstand erreichen, so muß er bei der Korrealobligation den Weg Y, B, X oder Y, C, X oder Y, D, X

langt (unten § 112 a 2 β), lediglich in Frage, ob unter mehreren zur Bewirkung einer Leistung verpflichteten Schuld-

---

nehmen. Wählt er einen dieser Wege, nämlich nimmt er zB. mit B die Litiskontestation vor, dann wird nach dem das vorjustinianische Recht beherrschenden Grundsatze der Klagenkonsumtion (S. 370) die Verbindung (iuris vinculum) A, Y, B durch eine unmittelbare Verbindung A, B ersetzt. Die Strecke A, Y ist nun aber für A nicht mehr zu benutzen, und A hat daher keine Verbindung mit C und D mehr. Anders bei der Solidarobligation, wo A auf drei voneinander ganz verschiedenen Wegen den Leistungsgegenstand erreichen kann.

Die Einheitstheorie geht nun davon aus: da bei der Solidarobligation mehrere auf dasselbe Ziel hinführende Wege gangbar seien, bei der Korrealobligation nur eine Verbindung zwischen Schuldner und Leistungsgegenstand vorhanden sei, erkläre es sich, daß die Solidarobligation nur durch die Erfüllung oder deren Surrogate (Hingabe an Erfüllungs Statt, Aufrechnung, Hinterlegung) in ihrem Bestande getroffen werde, während die Korrealobligation auch durch andere Vorgänge beseitigt werde, so besonders durch die Litiskontestation (vor Justinian) und durch Akzeptilation, und daß ferner die Unterbrechung der Klageverjährung auch den hierbei nicht beteiligten Genossen gegenüber wirke (C. 8, 39, 4). Die Vertreter der Einheitstheorie mußten nun allerdings anerkennen, daß gewisse rechtliche Vorgänge, so vor allem die Konfusion, die capitis diminutio und der Verzug, auch bei der Korrealobligation nur für und gegen denjenigen correus wirkten, bei dem sie vorlagen (S. 509[6]), und daß der eine correus in anderer Weise berechtigt oder verpflichtet sein konnte als der andere, zB. der eine betagt oder bedingt, der andere unbetagt oder unbedingt. Dies wurde aber damit erklärt, daß diese Ereignisse nicht den „objektiven Bestand der Korrealobligation", sondern nur deren „subjektive Beziehungen" beträfen und daher über die Person des Betroffenen hinaus keinen Einfluß ausüben könnten.

b. Die Anhänger der sog. Mehrheitstheorie verwerfen den Ausgangspunkt der Einheitstheorie, wonach bei der Solidarobligation mehrere Obligationen vorhanden seien, bei der Korrealobligation nur eine einzige, und verwerfen daher dieses Unterscheidungsmerkmal. Sie gehen übereinstimmend davon aus, daß auch bei der Korrealobligation mehrere Obligationen vorhanden seien (quot personae, tot obligationes), streiten aber darüber, worin das Unterscheidungsmerkmal zwischen Solidar- und Korrealobligation zu finden sei. Dernburg findet es in dem Entstehungsvorgange: Korrealobligationen seien durch den Parteiwillen geschaffene solidarische Berechtigungen und Verpflichtungen; bei den Solidarobligationen entwickelte sich die Solidarität mehrerer Beteiligter unmittelbar aus dem Wesen des Rechtsverhältnisses. Daher entständen Korrealobligationen nur infolge eines einheitlichen Rechtsgeschäfts (Vertrags, Vermächtnisses), das in der Absicht der

nern jeder zu einem Teil oder jeder auf das Ganze („korrealiter") haftet.

α. Bei unteilbarem Leistungsgegenstand entsteht passive Korrealität (D. 50, 17, 192, pr.: Ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur; das ABGB. § 890 behandelt diesen Fall neben der eigentlichen Korrealität); „duo vel plures rei promittendi".

β. Bei teilbarem Leistungsgegenstand haftet grundsätzlich jeder Schuldner nur für einen Kopfteil (pars virilis, ebenso ABGB. §§ 888, 889).[4] Korreale Haftung tritt nur ein:

---

Begründung einer Gesamtforderung oder Gesamtschuld vorgenommen sei. Alle anderen Gesamtforderungs- oder Gesamtschuldverhältnisse unterfielen dem Begriffe der bloßen Solidarobligation, gleichgültig ob sie auf Gesetz beruhen wie die Haftung mehrerer an einer unerlaubten Handlung Beteiligter, oder auf rechtsgeschäftlicher, wenn nur nicht einheitlicher Grundlage. Daher sind nach Dernburg mehrere, die einen Wechsel zusammen ausstellen, Korrealschuldner, dagegen die nacheinander in den Wechselverband eintretenden Personen, die dem Wechselinhaber jede auf das Ganze haften, Solidarschuldner.

c. Aus den Quellen selbst ist eine Entscheidung jedenfalls nicht zu entnehmen. Denn diese sprechen bei der Korreolobligation bald von „una obligotio" (D. 45, 2, 2), bald von „duae species ohligationis" (D. 45, 2, 13) oder von „duae obligationes" (D. 46, 1, 5). Übrigens lag die hauptsächliche praktische Bedeutung der Unterscheidung, wie oben gezeigt, in der verschiedenen Wirkung der Litiskontestation, indem bei der Korreal-, nicht aber bei der Solidarobligation schon die Litiskontestation des Gläubigers mit einem der Gesamtschuldner die übrigen befreite. Dies beseitigte Justinian (C. 8, 40, 28, 2: Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat) und seither beschränkte sich die Bedeutung der Unterscheidung wesentlich darauf, daß Erlaß und Unterbrechung der Klageverjährung zwar den Bestand der Korreal-, aber nicht den der Solidarobligation berührte.

Für das ABGB. ist die ganze Unterscheidung bedeutungslos; alle Arten von Gesamtschuld und Gesamtforderung unterstehen den gleichen Grundsätzen.

[4]) Insbesondere haften mehrere Miterben für die teilbaren Nachlaßverbindlichkeiten nur nach Kopfteilen (nomina ipso iure sunt

a. bei vertragsmäßiger Übernahme durch Korrealstipulation [5]);

b. kraft Gesetzes für die Gesellschafter eines Bankgeschäfts (argentarii socii), sowie für die Teilnehmer an einer unerlaubten Handlung; es haften zB. als Gesamtschuldner auch die mehreren Bewohner eines Gemaches gegenüber der actio de effusis vel deiectis (D. 9, 3, 1—4, unten § 112 c), mehrere Miteigentümer eines Sklaven oder Tieres gegenüber der Noxalklage und der actio de pauperie, mehrere Vormünder hinsichtlich des durch ihre Pflichtwidrigkeit verursachten Schadens (vgl. ABGB. §§ 1301 und 1302, 210 und 282; dann HGB. Art. 269 und 280).

2. Liegt eine Gesamtschuld vor, so kann der Gläubiger nach seinem Belieben von jedem der Gesamtschuldner die ganze Schuld verlangen (ABGB. § 891, D. 45, 2, 3, 1);

---

divisa, C. 3, 36, 6). Bei der Auslegung von Vermächtnissen ordnete der Erblasser jedoch auch in Rom häufig korreale Haftung der belasteten Erben an (D. 45, 2, 9, pr.: ut puta si pluribus heredibus institutis testator dixit: „Titius et Maevius Sempronio decem dato").

[5]) Bei gemeinschaftlicher vertragsmäßiger Begründung einer teilbaren Schuld haften also die Schuldner nach rR. kraft Gesetzes nur nach Kopfteilen und nur dann korrealiter, wenn diese Art der Haftung besonders übernommen wird. Vgl. zB. D. 45, 2, 11, 1 und 2: Cum tabulis esset comprehensum „illum et illum centum aureos stipulatos" neque adiectum „ita ut duo rei stipulandi essent", virilem partem singuli stipulati videbantur. Et e contrario cum ita cautum inveniretur: „tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius", partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum, singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent. Ebenso ABGB. §§ 888 u. 889. Dagegen spricht nach DBGB. § 427 im Falle gemeinschaftlicher vertragsmäßiger Verpflichtung eine gesetzliche Vermutung für korreale Haftung.

Heute pflegt man die Übernahme korrealer Haftung durch Ausdrücke wie „zur ungeteilten Hand", „samt und sonders", „einer für alle, alle für einen" zu kennzeichnen. Für rR. vgl. I. 3, 16, pr.: Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: „Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes"? In der Kaiserzeit wurde die Formel üblich: „spondemus invicem nos obligantes atque fide dicentes".

durch die von einem bewirkte vollständige Leistung (Erfüllung, datio in solutum, Hinterlegung, Aufrechnung) werden jedoch alle Schuldner befreit [6]). Abgeschwächt wurde im späteren rR. die Haftung der Gesamtschuldner durch das von Justinian (in Novelle 99 v. 539 n. Chr.) eingeführte beneficium divisionis. Danach konnte der allein belangte Korrealschuldner Vorladung und anteilige Verurteilung der übrigen beanspruchen „si quidem et solvendo et praesentes sint“ [7]). Der Richter hatte hierauf auch von Amts wegen zu achten.

3. Ob der Gesamtschuldner, der alles allein gezahlt hat, den anderen Korrealschuldnern gegenüber „Regreß nehmen“ kann, hängt von dem zwischen den Schuldnern bestehenden („inneren“) Rechtsverhältnis ab. Das Regreßrecht ist zB. gegeben unter Gesellschaftern (D. 35, 2, 67, pr., vgl. ABGB. §§ 1197 und 1203), versagt den Teilnehmern an einer unerlaubten Handlung sowie Mitbürgen (C. 8, 40, 11, pr., anders ABGB. § 1359). Aber auch in den letzteren Fällen kann der zahlende Gesamtschuldner den Rückgriff sich dadurch verschaffen, daß er sich von dem befriedigten Gläubiger dessen Ansprüche abtreten läßt, wozu dieser — gleichsam als hätte der zahlende Schuldner den Anspruch gekauft (D. 46, 1, 36) — verpflichtet (sog. bene-

---

[6]) Von den sonstigen Ereignissen wirken Verzug (D. 22, 1, 32, 4) und Konfusion eines Korrealschuldners mit dem Gläubiger (D. 46, 1, 71, pr.) nur subjektiv, d. h. betreffs des Schuldners, in dessen Person sie eintreten; dagegen wirkt Verschuldung eines Korrealschuldners (D. 45, 2, 18) gegen alle. Über die Wirkung der Litiskontestation (vor Justinian), der Akzeptilation und der Unterbrechung der Verjährung und die daran geknüpfte Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligation vgl. oben S. 507[3].

Nach ABGB. ist gleichfalls streitig, welche andern Aufhebungstatsachen neben der Zahlung das Erlöschen des Gesamtschuldverhältnisses bewirken. Doch ist sicher, daß jede wirkliche Befriedigung des Gläubigers das Erlöschen der Gesamtschuld bewirkt § 893. Anderseits besagt § 894, daß die Nachsicht oder Befreiung, welche ein Mitschuldner für seine Person erhält, den übrigen nicht zustatten kommt.

[7]) Das ABGB. hat die Einrede der Teilung nicht übernommen (§ 891). Streitig war gemeinrechtlich, ob die Novelle sich auf alle Korrealschulden oder nur auf den Fall wechselseitiger Verbürgung bezöge.

ficium cedendarum actionum, C. 4, 65, 13). Anders das ABGB. § 896: Der zahlende Gesamtschuldner ist — sofern nicht das innere Rechtsverhältnis dagegen steht — ohne Rechtsabtretung berechtigt, von den übrigen Ersatz zu gleichen Teilen zu fordern.

c. Mehrheit von Gläubigern (aktive Korrealität).

1. Auch hier (S. 505) kommen von den S. 503 entwickelten Prinzipien für das rR. nur das der Teilung und das der Gesamtforderung in Betracht.

α. Bei unteilbarer Leistung gilt nach rR. „aktive Korrealität" (duo vel plures rei stipulandi), d. h. jeder Gläubiger allein ist forderungsberechtigt, der Schuldner braucht aber nur gegen Sicherheitsleistung wegen der von den übrigen Korrealgläubigern zu befürchtenden Ansprüche an den die Erfüllung fordernden Gläubiger zu leisten (D. 16, 3, 14 und 1, 36). Ebenso ABGB. § 890.

β. Bei teilbarer Leistung gilt mangels besonderer, in Rom freilich sehr üblicher Abrede (adstipulatio, S. 481) oder zB. mit der Formel „utrique vestrum dare spondeo", I. 3, 16, pr.) das Teilungsprinzip (ebenso ABGB. §§ 888 und 889). Insbesondere gilt der Satz „nomina ipso iure sunt divisa" (S. 507[4]) auch für die mehreren Erben des Gläubigers.

2. Liegt eine Gesamtforderung vor, so kann jeder Gläubiger die Leistung vom Schuldner ganz fordern, die an einen Gläubiger bewirkte Leistung vernichtet jedoch auch den Anspruch der übrigen. Ebenso ABGB. §§ 892 und 893. Bis auf Justinian wurde schon durch die Litiskontestation eines Gesamtgläubigers mit dem Schuldner das Recht der übrigen beseitigt (D. 45, 2, 2). Ob die diese „gesamtzerstörliche" Wirkung für die Gesamtschuld ausschließende l. 28 C. 8, 40 (S. 507[3]) auch auf den Fall der Gesamtforderung zu erstrecken ist, ist für das rR. streitig. Nach D. 13, 5, 10 soll das einem Gesamtgläubiger gegebene Erfüllungsversprechen (constitutum debiti proprii, S. 476[8])

wie eine Zahlung wirken („quia loco eius, cui iam solutum est, haberi debet is cui constituitur").

3. Ob der Gesamtgläubiger, der die ganze Leistung empfangen hat, den übrigen zur Ausgleichung verpflichtet ist, richtet sich nach dem zwischen ihnen bestehenden („inneren") Rechtsverhältnisse (D. 35, 2, 62, pr.; ebenso ABGB. § 895). Besteht kein solches besonderes Verhältnis, so ist der empfangende Gesamtgläubiger den übrigen zu nichts verpflichtet.

# Siebenter Abschnitt.

# Einzelne Schuldverhältnisse.

## Kauf. Tausch.

### I. Allgemeine Vorschriften.

#### § 85. Begriff und Abschluß des Kaufvertrages.

a. Begriff des Kaufvertrags[1]).

Kauf (emptio venditio) ist der auf Umsatz eines Gegenstands (merx, Sache oder Recht) gegen eine Geldsumme (pretium, Kaufpreis) gerichtete gegenseitige Vertrag[2]).

---

[1]) I. 3, 23: De emptione et venditione. D. 18, 1: De contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt; 19, 1: De actionibus empti venditi. C. 4, 38: De contrahenda emptione, 4, 49: De actionibus empti et venditi.

[2]) Hiernach unterscheidet sich der Kauf:

a. vom Tausch (unten § 89) dadurch, daß hierbei ein Umsatz eines Gegenstands nicht gegen Geld, sondern gegen einen anderen Gegenstand stattfindet;

b. von der locatio conductio rei (Miete und Pacht, unten § 91) dadurch, daß hierbei ein Gegenstand nicht übereignet, sondern nur zu zeitweiligem Gebrauch überlassen wird (D. 18, 1, 80, 3);

c. von der locatio conductio operarum (Dienstvertrag, unten § 94) und der locatio conductio operis (Werkvertrag, unten § 95) dadurch, daß hierbei der Preis nicht für die Überlassung eines Gegenstands (Sache oder Recht), sondern für die Leistung von Diensten und die Herstellung eines Werkes gezahlt wird;

d. von der Schenkung (unten § 90) dadurch, daß hierbei keine Gegenleistung bedungen ist.

1. Gegenstand des Kaufvertrages kann jedes im Rechtsverkehr stehende (S. 215) und veräußerliche Gut sein[3]); bewegliche Sachen, die den regelmäßigen Gegenstand von Kaufgeschäften, insbesondere des Handelsverkehrs, zu bilden pflegen, nennt man Waren.

Besonders behandelt sind in den römischen Quellen:

α. der Kauf eines Freien als Sklaven[4]);

β. der Kauf einer res furtiva[5]);

γ. der Kauf der eigenen Sache des Käufers[6]);

δ. der Kauf zukünftiger Sachen, wobei zu unterscheiden ist:

a. die emptio rei speratae; hierbei gehen die Parteien davon aus, daß die verkaufte Sache (zB. die Weinbergsernte eines bestimmten Jahres) entstehen werde und der Vertrag nur gelten solle, wenn diese Voraussetzung eintrifft, dann aber der Kaufpreis gezahlt werden solle, ohne Rücksicht auf Umfang und Güte des Kaufgegenstands; über den Kauf der fructus stantes et pendentes vgl. S. 214;

b. die emptio spei oder alea; hierbei ist nicht nur

---

[3]) D. 18, 1, 34, 1: Omnium rerum quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est. — Das ABGB. nennt als Gegenstand des Verkaufs: Sachen. Darunter sind aber nach dem Sprachgebrauch des ABGB. (§ 285) nicht bloß Sachen im technischen Sinne (körperliche Sachen), sondern überhaupt alle Vermögensgegenstände (also auch Servituten, Forderungen usw). zu verstehen.

[4]) D. 18, 1, 34, 2: Liberum hominem scientes emere non possumus. sed nec talis emptio aut stipulatio admittenda est: „cum servus erit", quamvis dixerimus futuras res emi posse: nec enim fas est eiusmodi casus exspectare.

[5]) D. 18, 1, 34, 3: Item si et emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur: si emptor solus scit, non obligabitur venditor nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet: quod si venditor scit emptor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur, et ita Pomponius quoque scribit.

[6]) D. 18, 1, 34, 4: Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in iudicio possessionis potior esset.

Umfang und Güte des Kaufgegenstands zweifelhaft, sondern dessen Entstehung überhaupt (z.B. ein Fischhändler kauft dem ausfahrenden Schiffer den Fang, den er machen sollte, für einen bestimmten Preis ab; dann ist dieser auch zu zahlen, wenn der Kaufgegenstand überhaupt nicht entsteht); [7])

ε. der Kauf einer fremden Sache; dieser ist nach rR. gültig, zumal der Verkäufer nicht zur Eigentumsverschaffung verpflichtet ist, sondern nur für das habere licere einsteht (unten S. 519). [8])

2. Der Kaufpreis muß in Geld bestehen, wenigstens der Hauptsache nach (D. 18, 1, 79; 19, 1, 6, 2, ebenso ABGB. § 1055). Er muß ferner sein:

α. pretium certum; daher kann er nicht in das freie Belieben, wohl aber in das billige Ermessen einer Partei, sowie in das Belieben eines Dritten gestellt sein (oben S. 458); vgl. ABGB. §§ 1056—1058; [9])

---

[7]) D. 18, 1, 8 (Pomponius): Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascantur aut fiant, ex empto agi posse. Aliquando tamen et sine re venditio facta intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit. nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur. Das ABGB. §§ 1275—1283 unterscheidet gleichfalls zwischen emptio rei speratae und emptio spei. Als emptio rei speratae sieht es jedoch nur einen Kauf an, bei dem „für ein bestimmtes Maß von einem künftigen Erträgnisse" ein verhältnismäßiger Preis versprochen wird, also nur einen Kauf, bei dem der Käufer lediglich die Qualität wagt. Für die emptio rei speratae gelten die Regeln des ordentlichen Kaufvertrages; die emptio spei dagegen wird als Glücksvertrag behandelt. Besondere Regeln stellt das Gesetz für den Verkauf eines Kuxes und den einer Erbschaft auf.

[8]) D. 18, 1, 28: Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest. Über die Verpflichtungen des Verkäufers in diesem Falle (Entwehrung) vgl. unten § 86 a 2.

[9]) Es genügt also Bestimmbarkeit des Preises; vgl. auch D. 18, 1, 7, 1: Huiusmodi emptio „quanti tu eum emisti",

β. pretium verum, d. h. wirklich als Gegenleistung gemeint. Wird nur ein Scheinpreis verabredet, so zB. zur Umgehung der Formvorschriften ein Schenkungsvertrag als Kaufvertrag abgeschlossen, so ist der letztere als simuliert nichtig (S. 254); ob der dissimulierte Schenkungsvertrag gültig ist, hängt davon ab, ob die für einen solchen geltenden Vorschriften beachtet sind (ABGB. § 916); vgl. ABGB. §§ 1054, 861 ff.;

γ. pretium iustum. An sich braucht der Preis nicht dem Werte der Ware zu entsprechen[10]). Diokletian — der auch in dem Edictum de pretiis rerum venalium, S. 105, den mißglückten Versuch machte, für die wesentlichsten Marktartikel einen gesetzlichen Höchstpreis vorzuschreiben — bestimmte jedoch in C. 4, 44, 2, daß der Verkäufer einen Verkauf anfechten könnte, wenn der Kaufpreis weniger als die Hälfte des wahren Werts betragen hatte, es sei denn (facultas alternativa, S. 400), daß der Käufer das zum wahren Werte Fehlende nachzahle; sog. laesio enormis[11]). Vgl. ABGB. §§ 1059, 1060 u. 934.

b. Abschluß des Kaufvertrages.

1. Der Kauf ist nach rR. einer der vier Konsensual-

---

„quantum pretii in arca habeo", valet: nec enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est.

Ist bei einem Kaufvertrag ein Preis nicht vereinbart worden, so gilt der angemessene Kaufpreis als vereinbart. Fordert A jedoch zB. für einen dem B gelieferten Anzug 100 K. als angemessen und wendet B ein, daß 80 K. ausdrücklich als Kaufpreis vereinbart sind, so ist dies ein Leugnen eines Essentiale des vom Kläger A behaupteten Geschäfts (Kauf eines Anzugs ohne Preisabrede), A hat also zu beweisen, daß kein Preis vereinbart war.

[10]) D. 19, 2, 22, 3: In emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere; vgl. S. 261[2].

[11]) Im Mittelalter gab man dies Anfechtungsrecht wegen übermäßiger Verletzung auch dem Käufer. Ebenso das ABGB. §§ 1060, 934 und 935. Das ABGB. läßt übrigens die Anfechtung wegen Verletzung über die Hälfte bei allen entgeltlichen Verträgen zu. Das HGB. Art. 286 und das deutsche BGB. haben dagegen dieses Institut nicht übernommen.

verträge (emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, S. 454). Er entsteht deshalb mit der formlosen Einigung der Parteien mindestens über die wesentlichen Geschäftserfordernisse (essentialia negotii), nämlich über Ware und Preis (D. 18, 1, 9). Ebenso ABGB. § 1054.

2. Durch den Abschluß des Kaufvertrags übernehmen die Parteien die unten in § 86 darzulegenden wechselseitigen Verpflichtungen. Der Kaufabschluß hat aber nach rR. noch eine wichtige weitere Folge: mit dem Kaufabschluß geht nämlich grundsätzlich die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache auf den Käufer über (periculum est emptoris, S. 399[4]), so daß der Käufer den Kaufpreis auch dann voll zahlen muß, wenn er wegen zufälligen Untergangs oder zufälliger Verschlechterung die Kaufsache überhaupt nicht oder nicht in dem beim Kaufabschlusse vorhandenen Zustande erhält[12]). Nach dem Grundsatz: eius commodum esse

---

[12]) D. 18, 6, C. 4, 48: De periculo et commodo rei venditae. Vgl. I. 3, 23, 3: Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit; ferner die berühmte l. 8 pr. D. 18, 6: Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet, et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio.

Der Satz periculum est emptoris erleidet freilich nach rR., wie der vorstehende Satz andeutet, einige Ausnahmen:

a. Wie die letzte Stelle zeigt, ist die unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossene emptio venditio zwar „contracta", wird aber erst mit Eintritt der Bedingung „perfecta" (S. 292). Ist in diesem Augenblicke die Kaufsache daher nicht mehr vorhanden, so ist der Kaufvertrag hinfällig; ist sie aber vorhanden, so muß sie der Käufer nehmen, wie sie ist. Er trägt also während des Schwebens der Bedingung zwar die Gefahr der Verschlechterung, nicht aber die des Untergangs. Als bedingt gilt auch ein Kauf, bei dem der Preis erst durch ein Zählen, Wägen oder Messen ermittelt werden muß; D. 18, 1, 35, 5: In his quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non

debet, cuius periculum est (I. 3, 23, 3) gehen regelmäßig mit dem Abschlusse des Kaufvertrags auch die Nutzungen auf den Käufer über (D. 18, 6, 7, pr).

3. Der Kaufschluß hat an sich nur obligatorische Wirkungen; zur Herbeiführung des Eigentumsübergangs an der Kaufsache, also der dinglichen Rechtsverschiebung, bedarf es eines dinglichen Vorgangs, nämlich der Übergabe. Außerdem bedarf es jedoch hierzu nach einem schon in den 12 Tafeln (I. 2, 1, 41) erwähnten, vermutlich dem griechischen Recht entstammenden Grundsatze des rR. der Zahlung, Sicherstellung oder Kreditierung des Kaufpreises[13]).

---

tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumeratave sint.

b. Nach D. 18, 6, 8, pr. gilt die emptio venditio erst als perfecta „si id quod venierit appareat, quid quale quantum sit". Wird also etwas aus einer Masse heraus verkauft, so gilt der Kauf erst mit der Ausscheidung als „perfekt", und erst dann geht die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung auf den Käufer über, C. 4, 48, 2. Wird dagegen eine Masse oder ein Inbegriff für einen Gesamtpreis verkauft (Kauf in Bausch und Bogen, per aversionem), so geht die Gefahr schon mit dem Kaufabschluß auf den Käufer über (D. 18, 1, 62, 2).

Für das ABGB. (§§ 1064, 1048 — 1051) gelten folgende Grundsätze:

Die Gefahr des zufälligen Unterganges der Kaufsache geht auf den Käufer über: 1. wenn ein Übergangstermin bestimmt ist, mit diesem; 2. sonst mit der wirklichen Übergabe der Kaufsache. — Bis zu diesem Zeitpunkte trägt die Gefahr der Verkäufer. Geht also vor diesem Zeitpunkte die Sache zugrunde oder wird sie außer Verkehr gesetzt, so hat der Verkäufer keinen Anspruch auf den Kaufpreis und muß den etwa empfangenen zurückerstatten. Dies gilt auch, wenn die Kaufsache über die Hälfte an Wert verliert. Wird die Sache vor dem genannten Zeitpunkte um weniger als um die Hälfte an Wert verringert, so tritt eine verhältnismäßige Herabminderung des Kaufpreises ein, ausgenommen den Kauf in Bausch und Bogen (zB. Kauf einer Bibliothek, des Mobiliars einer Villa), bei dem der Käufer trotzdem den vollen Preis zu zahlen hat. — In dem Zeitpunkte, wo die Gefahr auf den Käufer übergeht, gehen auch die Nutzungen der Kaufsache auf ihn über. Bis dahin gebühren sie dem Verkäufer. Alle diese Regeln gelten nur für den Kauf einer species. Für den Kauf einer Quantitätssache bleibt der römische Rechtssatz in Kraft: genus perire non censetur.

[13]) D. 18, 1, 19: Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine

## § 86. Pflichten des Verkäufers und des Käufers.

Aus dem Kauf als einem gegenseitigen Vertrag entstehen für beide Teile Rechte und Pflichten (D. 19, 1, C. 4, 49: De actionibus empti venditi). Der Verkäufer macht seine Ansprüche mit der actio venditi, der Käufer die seinen mit der actio empti geltend; beide Klagen sind actiones bonae fidei (S. 356[14], D. 19, 1, 11, 1).

### a. Pflichten des Verkäufers.

#### 1. Pflicht zur Übergabe.

Der Verkäufer einer (körperlichen) Sache hat diese dem Käufer — und zwar mangels anderer Abrede Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises — zu übergeben, der Verkäufer eines Rechts, zB. einer Forderung, dieses dem Käufer abzutreten.

Der Kaufgegenstand muß in dem den Parteiverabredungen und mangels solcher dem Gesetz entsprechenden Zustand übergeben werden, also vor allem mit seinem Zubehör, auf das sich jeder Veräußerungsvertrag im Zweifel erstreckt (D. 19, 1, 13—19 und 38, 2; vgl. ABGB. §§ 1061 und 1047, S. 211). Er muß ferner die bedungenen und aus dem Gesetz sich ergebenden Eigenschaften haben; die Folgen der Übergabe einer mangelhaften Sache

---

factum vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione. Der innere Grund dieser Vorschrift wird von manchen auf die natürliche Billigkeit oder auf eine zu vermutende Parteiabsicht zurückgeführt, von anderen auf die ursprüngliche Gestaltung der mancipatio als eines auf sofortigen Umsatz von Waren gegen Geld gerichteten dinglichen Vertrages.

Dagegen macht das ABGB. den Eigentumsübergang zwar auch von der Übergabe bei beweglichen, der Einverleibung (unten § 118[1]) bei unbeweglichen Sachen abhängig, nicht aber von der vorherigen Kaufpreiszahlung (ABGB. §§ 1053 u. 1063). Will der eine bewegliche Sache vor der Preiszahlung übergebende Verkäufer den Eigentumsübergang hindern, um sich die stete dingliche Rücknahme für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises zu sichern, so muß er sich das Eigentum vorbehalten (pactum reservati dominii, vgl. Raten-Gesetz § 2).

(Gewährleistungspflicht) sind unten in § 87 besonders zu erörtern.

2. Pflicht zur Rechtsverschaffung (Haftung für Eviktion).

*α.* Der Kaufvertrag bezweckt, dem Käufer das Eigentum des Kaufgegenstands zu verschaffen (S. 513). Ein nicht auf Eigentumsübertragung gerichteter Veräußerungsvertrag ist kein Kauf (D. 18, 1, 80, 3). Die hauptsächlichste Pflicht des Verkäufers müßte also auf Eigentumsübertragung (ein dare) gehen und der Käufer müßte, falls der Verkäufer diese Pflicht nicht erfüllt, berechtigt sein, auf deren Erfüllung zu klagen. In gleicher Weise müßte der Verkäufer dafür haften, wenn er zwar das Eigentum am Kaufgegenstande auf den Käufer überträgt, aber nicht so wie bedungen, sondern durch fremde Rechte, zB. Hypotheken, eingeschränkt; der Verkäufer wäre dann verpflichtet, diese störenden Rechte sofort zu beseitigen (Verhaftungsprinzip, vgl. DBGB. §§ 433, 434).

Dies ist jedoch nicht der Standpunkt des römischen Rechts und auch nicht der des ABGB. (§ 1047). Es gilt vielmehr das sog. Entwehrungsprinzip. Danach hat der Verkäufer, sofern er den Käufer nur in den Besitz der Sache gesetzt hat, zunächst seiner Pflicht genügt. Er ist nur zu einem „tradere", nicht zu einem „dare" verpflichtet. Ist das Eigentum am Kaufgegenstande trotz der Übergabe nicht oder nur mit gewissen, dem Kaufvertrag oder dem Gesetze nicht entsprechenden Beschränkungen auf den Käufer übergegangen, weil bei dem Verkäufer ein Mangel im Rechte (fehlendes oder durch fremde dingliche Rechte beschränktes Eigentum) vorlag, so kann der Käufer doch erst dann gegen den Verkäufer Ansprüche wegen der mangelhaften Rechtsverschaffung erheben, wenn der Kaufgegenstand durch den dritten Berechtigten dem Käufer entzogen („evinziert", „entwehrt") worden ist. Das bloße Vorhandensein fremder Rechte gibt dem Käufer also noch keine Gewährleistungsansprüche. Das Interesse des Käufers scheint vielmehr genügend gewahrt, wenn der Verkäufer verpflichtet wird, dafür zu sorgen, daß die Sache dem Käufer nicht entzogen werde („praestare

ut emptori rem habere liceat; D. 19, 1, 11, 2 und 30, 1).

Voraussetzungen des Gewährleistungsanspruchs des Käufers wegen eines Rechtsmangels sind hiernach[1]):

a. Der Kaufgegenstand muß dem Käufer im Rechtsweg entzogen (evinziert) sein[2]);

---

[1]) D. 21, 2: De evictionibus et duplae stipulatione; C. 8, 44: De evictionibus. Das ABGB. behandelt die Haftung für Eviktion nicht beim Kauf, sondern im allgemeinen Teil des Obligationenrechtes und nicht für sich allein, sondern mit der Gewährleistung wegen Mängel (S. 522) verbunden (§§ 922 ff.). Diese Haftung greift bei allen entgeltlichen Verträgen Platz. Für das rR. war dies bestritten.

[2]) a. Es muß also grundsätzlich ein Prozeß (vor Gericht, nicht vor einem Schiedsrichter, D. 21, 2, 56, 1) über den Kaufgegenstand zwischen dem Käufer und dem Dritten geschwebt haben und zuungunsten des Käufers entschieden sein; und es muß dem Käufer ferner der Besitz des Kaufgegenstands auf Grund dieses Urteils entzogen sein. Da das zwischen dem Käufer und dem Dritten ergangene Urteil jedoch dem Verkäufer gegenüber nicht ohne weiteres Recht schafft, so kann der Verkäufer dem ihn regreßpflichtig machenden Käufer gegenüber einwenden, daß das Urteil ungerecht sei oder daß der Dritte infolge schlechter Prozeßführung des Käufers gesiegt habe. Einer solchen „exceptio mali processus" kann der Käufer dadurch vorbeugen, daß er, nachdem er vom Dritten verklagt worden ist, dem Verkäufer den Streit verkündet (Litisdenuntiation, vgl. CPO. § 21). Diese Streitverkündung ist nach rR. — wenigstens wenn der Verkäufer erreichbar ist, D. 21, 2, 56, 5 — sogar eine Pflicht des Käufers (vgl. zB. D. 21, 2, 53, 1), deren Verletzung nach manchen (vgl. C. 8, 44, 8) den Gewährleistungsanspruch des Käufers überhaupt beseitigt. Nach der vorstehend vertretenen herrschenden Meinung dagegen ist die Folge des Unterbleibens der Streitverkündung nur, daß der Käufer in die ungünstige Lage kommt, dem Verkäufer beweisen zu müssen, daß der Dritte auch bei rechtzeitiger Streitverkündung gesiegt haben würde. — Nach ABGB. § 931 und EGCPO. Art. XXXI ist der Käufer verpflichtet, dem Verkäufer den Streit zu verkünden; unterläßt er dies, so geht er zwar nicht seines Rechtes auf Schadensersatz verlustig, aber der Verkäufer kann ihm alle wider den Dritten unausgeführt gebliebenen Einwendungen entgegensetzen und sich dadurch von der Entschädigung in dem Maße befreien, als erkannt wird, daß diese Einwendungen, wenn von ihnen der gehörige Gebrauch gemacht worden wäre, eine andere Entscheidung gegen den Dritten veranlaßt haben würden.

b. Ausnahmsweise findet nach rR. ein Gewährleistungsanspruch des Käufers statt, ohne daß ihm die Sache abgestritten ist.

1. Wird der Käufer einer fremden Sache später (zB. durch Beerbung oder Abfindung des Berechtigten) deren Eigentümer, so

b. die Eviktion muß ihren Grund in einem Rechtsmangel haben, für den der Verkäufer einzustehen hat[3]).

β. Die Folge einer Entwehrung ist, daß der Verkäufer dem Käufer das Interesse zu ersetzen hat[4]). Um den Käufer des ihm obliegenden Schadensnachweises zu entheben, war es im rR. für wichtige Verkäufe (sog. emptiones duplariae) üblich, für den Fall der Entwehrung den doppelten Kaufpreis als Vertragsstrafe auszubedingen (duplae stipu-

---

braucht er den Kaufpreis nicht zu zahlen und kann den etwa bereits gezahlten mit der actio empti zurückfordern (ll. 9, 29, pr., 41 § 1 D. 21, 2).

2. Wird gegen den Käufer ein Eviktionsanspruch zu einer Zeit erhoben, zu welcher er das Kaufgeld noch in Händen hat, so kann er dessen Zahlung verweigern, es sei denn, daß der Verkäufer ihm Sicherheit leistet (sog. exceptio evictionis imminentis, D. 18, 6, 19, 1, C. 8, 44, 24).

3. Verkauft jemand wissentlich eine fremde Sache, so haftet er dem Käufer sofort (D. 19, 1, 30, 1).

[3]) Von einem Eviktionsanspruche ist also jedenfalls dann keine Rede, wenn der Kaufgegenstand aus einem erst nach dem Kaufabschluß entstandenen Grunde dem Käufer entwehrt wurde, zB. infolge einer Ersitzung (D. 21, 2, 56, 3) oder Enteignung (D. 21, 2, 11, pr.); vgl. auch D. 21, 2, 27.

Ferner begründete aber nach rR. auch nicht jeder Rechtsmangel einen Gewährleistungsanspruch. Zunächst galten Rechte dritter, die dem Käufer beim Erwerbe bekannt waren, als von ihm übernommen, falls er nicht Gewährleistung ausbedang (C. 8, 44, 27). Sodann haftete der Verkäufer für Grundgerechtigkeiten nur, wenn er Servitutenfreiheit ausdrücklich zugesagt (mit der Formel „fundus optimus maximusque", D. 18, 1, 59) oder arglistig gehandelt hatte. Nach ABGB. §§ 928 und 929 haftet der Verkäufer nicht, wenn der Käufer wußte, daß die Sache nicht dem Verkäufer gehöre; ferner auch dann nicht, wenn die Mängel der Sache in die Augen sprangen oder die auf der Sache haftenden Lasten aus den öffentlichen Büchern zu ersehen waren, sofern nicht eine ausdrückliche Zusage seitens des Verkäufers stattgefunden hatte.

[4]) Vgl. ABGB. § 932, D. 21, 2, 8: Venditor hominis emptori praestare debet, quanti eius interest hominem venditoris fuisse. quare sive partus ancillae sive hereditas, quam servus iussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest: et sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habere hominem quem vendidit, ita eo quoque quae per eum adquiri potuerunt praestare debet emptori, ut habeat.

latio). Bei Entwehrung einer durch mancipatio veräußerten res mancipi (S. 203) stand dem Käufer schon kraft des Gesetzes eine actio auctoritatis auf das Doppelte zu; später galt die duplae stipulatio auch bei anderen Käufen ohne ausdrückliche Verabredung (D. 21, 1, 31, 20).[5])

Von dieser Haftung für Eviktion kann sich der Verkäufer durch ein pactum de non praestanda evictione befreien. Ebenso ABGB. § 929. Dann hat der Verkäufer aber trotzdem dolus zu vertreten (D. 19, 1, 6, 9; S. 423).

b. Pflichten des Käufers.

Der Käufer hat dem Verkäufer den Kaufpreis zu zahlen und zwar mangels einer „Kreditierung" durch besondere Abrede Zug um Zug bei Übergabe der Sache. Der Käufer darf ferner nicht Sache und Kaufpreis zu gleicher Zeit nutzen. Der Käufer muß daher den Kaufpreis von der Übergabe an verzinsen, wenn ihm nicht ein Zahlungsziel bewilligt ist (D. 19, 1, 13, 20: nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere; vgl. ABGB. §§ 1062 u. 1333). Während sich nach rR. die Pflicht des Verkäufers hinsichtlich der Kaufsache auf ein bloßes „emptori rem habere licere praestare" beschränkte (S. 519), hatte der Käufer dem Verkäufer am Kaufpreis Eigentum zu verschaffen (D. 19, 1, 11, 2: „emptor nummos venditoris facere cogitur).[6])

## § 87. II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

a. Allgemeines.

Der Verkäufer hat dem Käufer nicht nur für rechtliche (oben S. 518), sondern auch für sachliche Mängel des Kauf-

[5]) D. 21, 1, 31, 20: Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat; ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.

[6]) Streitig ist für das rR. (vgl. D. 19, 1, 9), ob der Verkäufer gegen den Käufer einen besonderen Anspruch auf Abnahme der Kaufsache hat. Dies ist durch ABGB. § 1062 in bejahendem Sinne entschieden.

gegenstands einzustehen. Die letztere Haftung wird als Gewährleistung bezeichnet. Die Gewährleistungspflicht kann sich gründen: auf vertragsmäßige Übernahme (Garantie) dafür, daß die Kaufsache gewisse Eigenschaften besitzt oder gewisse Fehler nicht besitzt: oder auf Verschulden des Verkäufers, d. h. auf einem arglistigen oder fahrlässigen Verhalten des Verkäufers beim Abschlusse des Kaufvertrags; oder unmittelbar auf das Gesetz, insofern als der Verkäufer für gewisse Mängel auch ohne vertragsmäßige Zusicherung oder unterlaufendes Verschulden einzustehen hat.

1. Nach röm. Civilrechte haftete der Verkäufer nur in zwei Fällen:

*α.* wenn er einen Mangel als nicht vorhanden oder eine Eigenschaft als vorhanden zugesichert hatte (sog. Haftung für dicta et promissa);[1])

*β.* wenn er einen Fehler des Kaufgegenstands arglistig verschwiegen hatte.

In beiden Fällen haftete der Verkäufer der actio empti gegenüber auf das volle Interesse; wenn also zB. ein krankes Tier oder ein morscher Balken verkauft war, mußte der Verkäufer auch für den Schaden aufkommen, der dadurch herbeigeführt wurde, daß durch das kranke Tier der Viehbestand des Käufers verseucht wurde oder daß ein auf dem morschen Balken erbautes Gebäude einstürzte (D. 19, 1, 13, pr.).

2. Nach röm. Civilrechte haftete hiernach der Verkäufer — von etwaiger Garantieübernahme abgesehen — niemals für Mängel, deren Vorhandensein ihm selbst unbekannt war. Dies genügte aber dem entwickelten Verkehre nicht mehr. Die kuruli schen Ädilen, denen mit der Handhabung der Marktpolizei auch die Rechtsprechung in „Marktsachen" oblag

---

[1]) Über den Unterschied zwischen dicta und promissa vgl. D. 21, 1, 19, 2: Dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus, quod verbo tenus pronuntiatum et nudoque sermone finitur (vom Verkäufer gelegentlich der Verhandlungen angegebene Eigenschaften): promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum (vertragsmäßig zugesicherte Eigenschaften).

(S. 74), erklärten daher in ihrem Edikte[2]), daß der Verkäufer — abgesehen von seiner Haftung für die dicta et promissa aus Garantieübernahme oder für Betrug — auch für solche, ihm selbst unbekannt gebliebene, sog. heimliche Mängel haftbar sein sollte, welche:

*α.* sich als erhebliche Abweichungen einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft kennzeichnen (vitium quoad usum ministeriumque impediat, D. 21, 1, 1, 8); und ferner

*β.* dem Käufer ohne dessen grobes Verschulden unbekannt geblieben waren (l. 1 § 6, l. 14 § 10, l. 48 § 4 D. 21, 1).

Das ädilizische Edikt bezog sich ursprünglich nur auf den Verkauf von Sklaven (mancipia) und von Spannvieh (iumenta);[3]) seine Grundsätze wurden aber in der Kaiserzeit auf alle Käufe ausgedehnt (D. 21, 1, 1, pr.). Während aber nach Civilrecht, also in den Fällen der Garantieübernahme und des Betrugs, der geschädigte Käufer mit der actio empti das volle Interesse, also auch den mittelbaren

---

[2]) D. 21, 1: De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris; C. 4, 58: De aediliciis actionibus. Hier ist also die Haftung für Sachmängel behandelt, die Haftung für Rechtsmängel (Eviktion) dagegen in D. 21, 2 und C. 4, 44. Über die Veranlassung zum „ädilizischen Edikt" vgl. D. 21, 1, 1, 2: Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris aut calliditate.

[3]) Das ädilizische Edikt behandelt im I. Kapitel den Sklavenkauf (D. 21, 1, 1, 1: Aiunt aediles: „Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit" usw.; sog. Sklavenedikt), im II. Kapitel den Viehkauf (D. 21, 1, 38, pr.: Aediles aiunt: „Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit" usw.; sog. Jumentenedikt), während ein III. Kapitel die Rechtsfolgen des Haltens gefährlicher Tiere bestimmt (D. 21, 1, 40—42). Animi vitia galten bei Tieren stets, bei Sklaven nur, soweit das Edikt sie aufzählte, als sachliche Mängel.

Schaden, ersetzt verlangen konnte, gaben die Ädilen für die von ihnen hinzugefügte Haftung für heimliche Mängel zwei besondere, in ihrer Wirkung beschränkte Rechtsbehelfe. Der Käufer konnte hierbei nämlich nicht sein volles Interesse, sondern nur entweder mit der actio redhibitoria (heute Wandlungsklage genannt, vgl. ABGB. § 932)[4]) Rückgängigmachung des Kaufs, oder mit der actio quanti minoris (sc. essem empturus, si it ita esse scissem, D. 19, 1, 13, pr., heute Minderungs- oder Würderungsklage genannt, vgl. ABGB. § 932) Herabsetzung des Kaufpreises verlangen. Während ferner die actio empti erst in 30 Jahren verjährte, war die actio redhibitoria nur innerhalb von sex menses utiles, die actio quanti minoris nur innerhalb eines annus utilis vom Verkauf an zulässig (D. 21, 1, 19, 6).[5])

---

[4]) Vgl. D. 21, 1, 21, pr.: Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio.

[5]) Das deutsche Recht kannte, vom Viehkauf abgesehen, bei welchem für bestimmte Gewährsmängel ohne weiteres gehaftet wurde, keine Haftung des Verkäufers für Fehler der Sache, sobald der Käufer die Sache besehen und ohne die Fehler zu rügen, in seine Gewere übernommen hatte, es sei denn, daß die Fehler durch eine Besichtigung nicht zu entdecken waren („Augen für Geld", „Augen auf oder Beutel auf"). Soweit hiernach ferner ein Gewährleistungsanspruch gegeben war, konnte der Käufer nur „wandeln", also die Kaufsache zurückgeben, nicht den Kaufpreis „mindern". Das Gem. R. beruhte jedoch nicht auf diesen, sondern auf den römischen Grundsätzen, nur sind einige Besonderheiten des rR. nicht rezipiert worden.

a. Nach rR. konnte der Käufer verlangen, daß der Verkäufer ihm in der Form der Stipulation — meist verbunden mit der Stipulation für den Fall der Entwehrung, S. 521 — die Abwesenheit von Mängeln garantiere (bei Zugvieh: „esse bibere, ut oportet", D. 19, 1, 11, 4, D. 21, 1, 28). Bei Weigerung des Verkäufers konnte der Käufer binnen 2 Monaten wandeln, binnen 6 Monaten sein Interesse fordern.

b. Wurde Vieh — was in Rom üblich war — mit besonderem Aufputz (ornamenta) zum Verkaufe gestellt, so galt der Aufputz als mitverkauft, und der Käufer konnte, falls die ornamenta nicht mitgeliefert wurden, binnen 60 dies utiles Nachlieferung (actio de ornamentis restituendis) oder Wandelung verlangen (D. 21, 1, 38, pr. und 11).

3. Zwischen den beiden „ädilizischen Klagen" hatte der Käufer die Wahl (Klagenkonkurrenz, S. 336[2]). Er hatte aber nur ein beschränktes ius variandi: hatte er die actio redhibitoria angestellt, so konnte er zwar immer noch auf die actio quanti minoris (als das minus) zurückgreifen; hatte er sich dagegen durch Anstellung der actio quanti minoris einmal für Aufrechterhaltung des Kaufs entschieden, so konnte er (wenigstens hinsichtlich desselben Mangels) nicht mehr wandeln (D. 44, 2, 25, 1).

---

c. Wurde die actio redhibitoria angestellt, so erging vor der Verurteilung in Geld ein arbitratus de restituendo. Kam der Verkäufer dem die Rückzahlung des Kaufpreises anordnenden arbitratus nicht nach, so wurde er in das Doppelte verurteilt (D. 21, 1, 45).

d. D. 21, 1, 48, 8 bestimmt: Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est. Streitig ist, ob unter einer simplaria venditio ein Verkauf geringfügiger Sachen, bei denen keine duplae stipulatio (S. 521) gefordert werden konnte, oder ein Verkauf unter Verzicht des Käufers auf Wandelung (ἁπλῆ πρᾶσις, ἁπλῆ ὠνή der Basiliken und des syr.-röm. Rechtsbuchs) zu verstehen ist.

Auch das ABGB. (§§ 922 ff.) beruht im allgemeinen auf dem rR. Zu bemerken ist vorerst, daß die Regeln, die im rR. bloß für den Kauf und Tausch ausgebildet wurden (S. 520[1]), nach österr. Recht gleichmäßig für alle entgeltlichen Verträge gelten. Nach ABGB. findet Gewährleistung statt für das Fehlen bedungener wie für das Fehlen gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften, sowie für das Vorhandensein ungewöhnlicher und das Vorhandensein gewöhnlicher Mängel, deren Abgang zugesichert wurde. Doch entfällt die Gewährleistungspflicht, wenn die Mängel in die Augen springen (oder die auf der Sache haftenden Lasten aus den öffentlichen Büchern zu ersehen sind), sofern nicht eine ausdrückliche Zusicherung der Mängelfreiheit stattgefunden hat. Gewährleistung findet ferner nicht statt, wenn auf sie ausdrücklich verzichtet wurde oder wenn Sachen in Bausch und Bogen übergeben werden, sofern nicht in letzterem Falle ausdrücklich bedungene Eigenschaften fehlen oder dem Übergeber Betrug zur Last fällt. Der Gewährleistungsberechtigte hat die Wandelungsklage, wenn die Mängel nicht mehr behoben werden können und den ordentlichen Gebrauch der Sache hindern, sonst die Würderungsklage; in beiden Fällen hat er Anspruch auf Ersatz des weiteren Schadens und wenn der andere Teil unredlich (dolos) gehandelt hat, auch auf den entgangenen Nutzen. Die Verjährungsfrist für beide Klagen ist mit 3 Jahren bei unbeweglichen Sachen und mit 6 Monaten bei beweglichen Sachen bestimmt.

Bezüglich der Haftung für Viehmängel folgt das ABGB. deutschrechtlichen Grundsätzen.

b. Wandelung und Minderung.

1. Wandelt der Käufer, so muß er die Sache mit allen Nutzungen und Zuwüchsen herausgeben (l. 23 § 9, l. 24, l. 31 §§ 2—4, l. 33 D. 21, 1), erhält dafür aber den Kaufpreis (mit Zinsen, D. 21, 1, 27) zurück. Die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung, falls diese Ereignisse nicht vom Käufer verschuldet sind[6]), trifft nach rR. den Verkäufer. In den Quellen wird dies durch den Grundsatz ausgedrückt „Mortuus redhibetur" (sc. servus, vgl. ll. 31 § 11, 38 § 3, 47 § 1 D. 21, 1), d. h. der Verkäufer muß das Kaufgeld zurückgeben, obgleich er nur den toten Sklaven, d. h. nichts, zurückerhält.

2. Mindert der Käufer, so ist der Kaufpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache im mangelfreien Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde[7]).

---

[6]) Vgl. D. 21, 1, 47, 1 ff.: Post mortem autem hominis aediliciae actiones manent, si tamen sine culpa actoris familiaeve eius vel procuratoris mortuus sit.

[7]) Diese sog. relative Berechnung ist zwar in den Quellen nicht ausdrücklich vorgeschrieben, sie ist aber gerechter als die sog. absolute Berechnung, bei welcher der Kaufpreis um soviel gemindert wird, als die Sache mit dem zu vertretenden Fehler wert ist. Die relative Berechnungsweise ist daher für das Gem. Recht die herrschende. Ist K der Kaufpreis, x der zu suchende Betrag, auf den der Kaufpreis wegen des Fehlers gemindert werden soll, $W^1$ der Wert der Sache in mangelfreiem, $W^2$ in mangelhaftem Zustande, so ergibt sich die Gleichung: $\frac{K}{x} = \frac{W^1}{W^2}$. Ist zB. der für 1000 K. verkaufte Hund fehlerfrei nur 800 K., fehlerhaft nur 500 K. wert, so ist $\frac{1000}{x} = \frac{8}{5}$ oder $x = 625$. Der Verkäufer braucht also nur 1000 — 625 = 375 K. Minderwert zu ersetzen, nicht, wie bei absoluter Berechnung, 500 K.; denn dabei würde er des Vorteils verlustig gehen, den er durch Verkauf des Hundes um einen höheren Preis, als der selbst fehlerfreie Hund wert war, erlangt hat. Ist der um 1000 K. verkaufte Hund fehlerlos 2000 K., fehlerhaft 500 K. wert, so ist $\frac{1000}{x} = \frac{20}{5}$ oder $x = 250$. Der Verkäufer muß also 750 K. Minderwert ersetzen, nicht, wie bei absoluter Berechnung, nur 500; denn dabei würde der Käufer um

## § 88. III. Besondere Arten des Kaufs.

### a. Kauf nach Probe, auf Probe, zur Probe.

1. Ein Kauf nach Probe oder nach Muster ist unbedingt, jedoch unter der Verpflichtung des Verkäufers geschlossen, daß die Ware einer Probe oder einem Muster entsprechen müsse (HGB. Art. 340).

2. Der Kauf auf Probe oder auf Besicht (emptio ad gustum) ist unter der Bedingung geschlossen entweder, daß er erst mit der im Belieben des Käufers stehenden Billigung wirksam werden soll (aufschiebend-bedingter Kauf auf Probe, vgl. zB. I. 3, 23, 4: „Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot"), oder daß er sogleich wirksam werden, aber durch im freien Belieben des Käufers stehende Mißbilligung wieder unwirksam werden soll (auflösend-bedingter Kauf auf Probe). Der Verkäufer ist also gebunden, der Käufer nicht[1])[2]).

---

den Vorteil gebracht werden, den er durch den Ankauf eines 2000 K. werten Hundes für 1000 K. erzielt hat.

[1]) Nach ABGB. §§ 1080—1082 gilt der Kauf auf Probe im Zweifel dann als aufschiebend bedingt, wenn der Preis für das übernommene Kaufstück nicht bezahlt wurde; andernfalls gilt er als auflösend bedingt. Das Handelsrecht stellt eine Vermutung für die aufschiebende Bedingung auf (HGB. Art. 339), ebenso das DBGB. § 495. Die Gefahr geht nach rR. beim auflösend-bedingten Probekauf mit dem Kaufschlusse, beim aufschiebend-bedingten Probekauf aber erst mit der Billigung als dem Eintritte der Bedingung (S. 293) auf den Käufer über. Beim Weinkauf war in Rom die Vereinbarung einer an einem bestimmten Tage vorzunehmenden Kostprobe (degustatio) üblich (D. 18, 6, 1, pr. und § 1); erst mit dieser ging das periculum acoris et mucoris, die Gefahr des Sauerwerdens und Schimmelns, auf den Käufer über. Dies war aber kein eigentlicher Kauf auf Probe; denn der Käufer muß den bei der degustatio tadellos befundenen Wein nehmen; es steht nicht in seinem Belieben, vom Geschäft zurückzutreten.

[2]) Über Verträge mit pactum displicentiae, lex commissoria, in diem addictio vgl. oben S. 470. Emptio per aversionem (Kauf in Bausch und Bogen) ist der Kauf einer Sachgesamtheit (Landgut mit Inventar, Bibliothek, Warenlager) für einen Gesamtpreis; über den Übergang der Gefahr vgl. S. 516[12].

3. Der Kauf zur Probe ist ein juristisch nicht besonders gearteter unbedingter Kauf unter Hervorhebung des (rechtlich bedeutungslosen, S. 234[3]) Beweggrundes (HGB. Art. 341).

b. Wiederkauf, Rückverkauf und Vorkauf.

1. Ein Wiederkaufs- oder Rückkaufsrecht ist vorhanden, wenn gelegentlich des Abschlusses eines Kaufs dem Käufer durch ein „pactum de retroemendo" das Recht eingeräumt wird, den verkauften Gegenstand zurück zu erwerben (ABGB. §§ 1068—1070).[3])

2. Das Rückverkaufsrecht ist das Widerspiel des Rückkaufsrechts. Der Käufer bedingt sich das Recht aus, die Sache an den Verkäufer wieder zurück zu verkaufen (ABGB. § 1071).

3. Vorkaufsrecht (ius protimiseos) ist die dem Verkäufer eingeräumte Befugnis, zu verlangen, daß der Käufer, wenn er die Sache wieder verkaufen (nicht auch anderweitig veräußern) will, ihm vorerst die Einlösung anbiete (ABGB. §§ 1072—1079). Man unterscheidet:

α. nach dem Entstehungsgrunde: gesetzliches und rechtsgeschäftliches (durch Vertrag oder Testament begründetes) Vorkaufsrecht;

β. nach der Wirkung: persönliches und sogenanntes dingliches Vorkaufsrecht[4]).

---

[3]) Vgl. zB. D. 19, 5, 12: Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum est convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desiisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberit viro: in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum. Wegen der Erstattung von Verwendungen durch den Rückkäufer vgl. D. 13, 7, 25, ABGB. § 1069.

[4]) Die Bezeichnung dinglich, die auch ABGB. § 1073 gebraucht, ist nicht richtig. Denn das Vorkaufsrecht bleibt immer ein persönliches, obligatorisches. Durch das Wort „dinglich" soll nur bezeichnet werden, daß es nicht bloß gegen den ursprünglich Verpflichteten, sondern unter Umständen auch gegen seinen Singularsukzessor geht (S. 530[6]). Vgl. AGG. § 9 und EO. § 171, Abs. 1.

Das rR. kannte gesetzliche[5]) und rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte, aber nur solche mit persönlicher Wirkung, d. h. der Berechtigte konnte sein Vorkaufsrecht nur seinem Käufer gegenüber ausüben und daher nur von ihm Übergabe der Kaufsache oder Schadensersatz verlangen, nicht auch von dessen Rechtsnachfolgern[6]).

c. Der Verkauf mit Vorbehalt eines besseren Käufers (in diem addictio).

Ein solcher liegt dann vor, wenn sich der Verkäufer das Recht wahrt, vom Vertrage abzugehen, wenn sich ein anderer besserer Käufer findet. Die Beredung kann als aufschiebende oder auflösende Bedingung dem Kaufvertrage beigesetzt sein. ABGB. §§ 1083—1085. Vgl. oben S. 470.

## § 89. IV. Tausch.[1])

Tausch (Barattohandel) ist ein Güterumsatzgeschäft, bei dem Ware gegen Ware, nicht, wie beim Kauf, Ware gegen Geld umgesetzt wird. Der Tausch ist das ur-

---

[5]) Gesetzliche Vorkaufsrechte hatten nach rR.: der Grundherr hinsichtlich der Emphyteuse (C. 4, 66, 3) und der Käufer, wenn der Verkäufer auf Grund einer in diem addictio (S. 470) einen besseren Bieter als Käufer annehmen will (l. 6 § 1, ll. 7, 8 D. 18, 2, ABGB. § 1085 verneint dieses Recht); vgl. auch D. 42, 5, 16 (Vorkaufsrecht der Gläubiger und Verwandten bei venditio bonorum).

[6]) Nach ABGB. hat die Verabredung des Wiederkaufs- und des Rückverkaufsrechts nur bei unbeweglichen, die des Vorkaufs bei beweglichen und unbeweglichen Sachen statt. Alle diese Verabredungen gewähren dem Berechtigten nur einen höchstpersönlichen Anspruch gegen den anderen Vertragsteil, nicht auch gegen dritte. Doch ermöglicht die Intabulation der Verabredung des Wiederkaufs und des Vorkaufs eine Geltendmachung des Anspruchs nicht bloß gegen den ersten Käufer, sondern auch gegen jeden weiteren Besitzer des damit belasteten, unbeweglichen Gutes (sogenannte dingliche Wirkung). — Beim intabulierten Vorkaufsrecht entsteht ferner für den Vorkaufsberechtigten ein Einstandsrecht (Näherrecht, Retraktrecht), d. h. die Befugnis, die (vertragswidrig verkaufte) Sache dem Dritten (Käufer) abzufordern. Dieses Einstandsrecht beruht auf deutsch-rechtlicher Grundlage.

[1]) D. 19, 4, C. 4, 64: De rerum permutatione.

sprünglichere Rechtsgeschäft, denn er war schon zu einer Zeit möglich, als ein allgemeiner Wertmesser noch nicht anerkannt war (D. 18, 1, 1, pr., oben S. 220[6]).

Die römischen Rechtsschulen stritten über die rechtliche Behandlung des Tauschs. Die Sabinianer wollten ihn als doppelseitigen Kauf behandelt wissen, während ihn die Prokulianer — wegen der Unmöglichkeit der Unterscheidung, was merx und was pretium sei — als Innominatkontrakt auffaßten (G. 3, 141). Die praktische Bedeutung dieser verschiedenartigen Behandlung lag vor allem darin, daß nach der ersteren Ansicht der Tausch, wie ein Kauf, nudo consensu, nach der zweiten erst durch die Vorleistung bindend wurde (und auch nur mit Reurecht des Gebers, S. 453) und die Gefahr auf den Gegner übertrug. Justinian schloß sich in dieser Frage ausnahmsweise (S. 115) den Prokulianern an (D. 18, 1, 1, 1, D. 19, 4, 1, 2).[2])

---

[2]) Vgl. D. 19, 4, 1, pr.: Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis. Danach sind beide Teile zur Eigentumsverschaffung, nicht zum bloßen „habere licere praestare“ wie beim Kaufe (S. 519) verpflichtet, so daß die Gewährleistungspflicht wegen Rechtsmängel der hingegebenen Sache deren Eviktion nicht unbedingt voraussetzt.

Für das ABGB. vgl. §§ 1045—1052. Es behandelt den Tausch vor dem Kauf als älteres Institut. Der Tausch ist bindend mit Willenseinigung der Parteien. Die Übergabe der Tauschobjekte ist nur zur Erwerbung des Eigentums notwendig. Wie beim Kauf wird nur für habere licere („freien Besitz“) gehaftet. Bezüglich der Gefahr und der Nutzungen gelten die nämlichen Regeln wie beim Kauf (S. 517[12]).

# Schenkung.

## § 90. Schenkung.

### a. Begriff.

Schenkung[1]) ist eine unentgeltliche vertragsmäßige Vermögenszuwendung.

1. Schenkung ist eine unentgeltliche Vermögenszuwendung. Der Schenker überträgt ein Stück seines Vermögens in das Vermögen eines Anderen, ohne daß dieser ihm dafür ein Entgelt[2]) gewährt, also eine Gegenleistung macht. Nicht jede unentgeltliche Verfügung (ex causa lucrativa, S. 233) ist eine Schenkung. Eine Schenkung liegt vielmehr nur dann vor, wenn ein Geschäft „et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem" (D. 24, 1, 5, 8). Wer seinem Gläubiger, ohne dazu verpflichtet zu sein, durch Pfand oder Bürgschaft eine erhöhte Sicherung verschafft, einen Freund bei sich auf einige Tage unentgeltlich aufnimmt, für ihn Sachen aufbewahrt oder sie ihm leiht, ohne ein Entgelt dafür zu beanspruchen, wer einen ihm freistehenden Erwerb zu machen unterläßt[3]), nimmt zwar eine unentgeltliche Verfügung vor;

---

[1]) I. 2, 7, D. 39, 5, C. 8, 53: De donationibus.

[2]) Und zwar ein dem Werte der Leistung entsprechendes Entgelt, sonst liegt hinsichtlich des Mehrwerts der Leistung Schenkung, im übrigen ein lästiger Vertrag vor (zB. A überläßt seinem Sohne B das 100 000 K. werte Familiengut für 50 000 K.). Mit diesem sog. negotium mixtum cum donatione (vgl. ABGB. § 942) ist nicht zu verwechseln der Fall, in welchem die Parteien einen als reine Schenkung gemeinten Veräußerungsvertrag, um ihn der Formerfordernis (S. 534) oder der erleichterten Anfechtung (S. 536[12]) zu entziehen, in einen lästigen kleiden. Dann ist der letztere als simuliert nichtig und es ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, ob die dissimulierte Schenkung zu Recht besteht (ABGB. § 916, S. 254).

[3]) D. 50, 16, 28, pr. Wenn also ein Mann als Erbe oder Legatar eingesetzt und ihm seine Frau als Nacherbe substituiert ist, so liegt keine (nach rR. nichtige, S. 538) donatio inter virum et uxorem vor, wenn der Mann den Erwerb ausschlägt, damit er der Frau anfalle; vgl. zB. D. 24, 1, 5, 13: Si maritus heres institutus repudiet hereditatem donationis causa, Iulianus scrip-

diese ist aber keine Schenkung, weil der Verfügende sein Vermögen dadurch nicht vermindert[4]).

2. Die Schenkung ist eine unentgeltliche Vermögenszuwendung durch Vertrag[5]) mit dem Beschenkten[6]). Der Schenker muß den animus donandi, d. h. die Absicht haben, dem anderen Teil ein Vermögensstück ohne Entgelt zu übertragen und der Empfänger muß das Angebotene in diesem Sinne annehmen; vgl. die berühmte l. 18 pr. D. 12, 1: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias. Iulianus scribit donationem non esse; unten § 121[2].

b. Der Schenkungsvertrag.

Wie bei allen Veräußerungsverträgen, so ist auch bei der Schenkung das obligatorische Geschäft, der Schenkungsvertrag, von dem diesen vollziehenden Rechtsgeschäft (Übergabe der geschenkten Sache, Abtretung der geschenkten Forderung, Erlaß der geschenkten Schuld) zu trennen[7]). Vielfach fallen der Abschluß des Schenkungsvertrags und dessen Ausführung zeitlich zusammen (Handgeschenk). Für diese

---

sit libro septimo decimo digestorum donationem valere: neque enim pauperior fit, qui non adquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit. repudiatio autem mariti mulieri prodest, si vel substituta sit mulier vel etiam ab intestato heres futura.

[4]) Anders wenn zB. der Eigentümer eines Miethauses eine sonst zum Vermieten benutzte Wohnung unentgeltlich hergibt. Dann vermindert er sein Vermögen durch den Nichterwerb des Nutzens, den er hätte ziehen können (D. 39, 5, 9, pr.).

[5]) D. 39, 5, 19, 2: Non potest liberalitas nolenti adquiri (ebenso ABGB. § 938); doch hielten manche (zB. Savigny) die Annahme des Geschenkten mindestens für die Fälle für überflüssig, in denen die Vermögenszuwendung eine Mitwirkung des Beschenkten nicht erfordert, wie bei einer donandi animo erfolgten Bezahlung fremder Schulden; (vgl. l. 5 §§ 6, 7, l. 7 § 7 D. 24, 1).

[6]) Nicht ganz genau ist daher D. 31, 36: Legatum est donatio testamento relicta.

[7]) Die Römer sprechen von der Vollziehung einer Schenkung dando (durch Eigentumsübertragung), liberando (durch Erlaß einer Schuld), promittendo (durch Begründung einer abstrakten Schuld, besonders im Wege der Stipulation).

Fälle bedarf es wegen der sofortigen Erfüllung keiner besonderen Regelung der obligatorischen Beziehungen zwischen dem Schenker und dem Beschenkten. Häufig jedoch wird zunächst bloß ein Schenkungsvertrag abgeschlossen, dessen Erfüllung erst in der Zukunft erfolgen soll. Hier bedarf es mit Rücksicht auf die Eigenart dieses Geschäfts besonderer gesetzlicher Vorschriften, insbesondere nach zwei Richtungen hin. Einmal haben fast alle Gesetzgebungen mit Rücksicht darauf, daß Schenkungsversprechen vielfach leichtsinnig abgegeben zu werden pflegen, während diese Gefahr bei sofort vollzogenen Schenkungen weniger hervortritt, das Schenkungsversprechen von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht. Ferner wäre es mit Rücksicht darauf, daß die Schenkung ein dem Schenker nur lästiges, dem Beschenkten nur vorteilhaftes Geschäft ist, unbillig, bei der Erfüllung des Schenkungsversprechens den strengen Maßstab anzulegen, der bei der Erfüllung anderer Verträge gerechtfertigt ist. Daher sind die für den Schenker aus dem Schenkungsvertrage sich ergebenden Verpflichtungen auf ein ihn möglichst wenig drückendes Maß herabgemindert.

### 1. Form des Schenkungsvertrags.

Nach rR. war das Schenkungsversprechen einer besonderen Form ursprünglich nicht unterworfen (I. 2, 7, 2). Durch die lex Cincia de donis et muneribus, ein durch die Fragmenta Vaticana (S. 121) bekannt gewordenes Plebiszit von 204 v. Chr., wurden Schenkungsversprechen, soweit sie ein gewisses (uns nicht bekanntes) Maß überstiegen, bestimmten Beschränkungen unterworfen. Sie sollten zwar nicht nichtig, aber anfechtbar sein, insofern als der Schenker befugt war, der auf Erfüllung des Schenkungsversprechens gerichteten Klage eine exceptio (legis Cinciae) entgegenzusetzen (D. 39, 5, 21, 1). Die Anfechtbarkeit fiel jedoch fort, wenn der Schenker entweder ohne Widerruf gestorben war („morte Cinciae removetur") oder das Schenkungsversprechen völlig erfüllt hatte. Bei beweglichen Sachen gehörte dazu außer der Übergabe, daß der Beschenkte auch nicht mehr dem interdictum utrubi (unten

§ 116 c 1) unterworfen, also länger als sechs Monate (maiore parte huiusce anni) im Besitze war. Gewisse Personen (personae exceptae: Verwandte bis zum fünften Grad und vom sechsten die sobrini, S. 183, nächste Verschwägerte, Patron, Mündel, Lebensretter) unterlagen der exceptio legis Cinciae von vornherein nicht.

In der Kaiserzeit geriet die lex Cincia in Vergessenheit. Die Schenkungen wurden nunmehr aber, besonders seit Konstantius Chlorus, an eine Form, die sog. Insinuation, geknüpft, d. h. an eine Abgabe des Schenkungsversprechens zu gerichtlichem Protokoll (professio apud acta). Justinian führte im Interesse der Schenkungsversprechen zu frommen Zwecken einige Erleichterungen ein. Nur Schenkungen über 500 (früher 300, C. 8, 53, 36, 3) solidi (S. 56[1]) sollten gerichtlicher Insinuation bedürfen, widrigenfalls sie — aber nur hinsichtlich des Übermaßes (C. 8, 53, 54) — nichtig sein sollten; geringere sollten selbst ohne Stipulationsform verpflichtend sein (pactum legitimum, S 455, sog. condictio ex lege 35 C. 8, 53). Ohne Rücksicht auf den Betrag sollten auch formlos gültig sein zB. Schenkungen des Kaisers und an ihn (C. 8, 53, 34, 1a), zum Wiederaufbau von Gebäuden (C. 8, 53, 36, 2), zur Bestellung einer dos für eine Frau (C. 5, 12, 31, pr.).[8])

2. Besonderheiten des Schenkungsvertrags.

*α.* Der Schenker hat das beneficium competentiae (S. 434) gegenüber der Klage auf Erfüllung des Schenkungsversprechens (et quidem is solus deducto aere alieno, D. 42, 1, 19; ähnlich ABGB. § 947.

*β.* Der Schenker hat bei Erfüllung des Schenkungsversprechens nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (S. 424), braucht keine Verzugszinsen zu ent-

---

[8]) ABGB. § 943 versagte den bloß mündlichen, ohne wirkliche Übergabe geschlossenen Schenkungsverträgen die Klagbarkeit. Die Notariats-Ordnung vom 25. Juli 1871 macht hingegen die Gültigkeit solcher Schenkungsverträge von der Errichtung eines Notariatsaktes abhängig.

richten (D. 39, 5, 22) und haftet im Falle der Eviktion[9]) sowie der Mangelhaftigkeit[10]) der geschenkten Sache nur bei Arglist.

γ. Die Schenkung kann von dem Schenker (nicht aber seinem Erben) wegen Undankbarkeit des Beschenkten aus bestimmten Gründen[11]) widerrufen werden.

δ. Die Schenkung kann wegen Pflichtteilsverletzung angefochten werden (s. u. im Erbrecht).[12])

---

[9]) Vgl. D. 39, 5, 18, 3: Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit. Ebenso ABGB. § 945; im übrigen findet Gewährleistung nicht statt.

[10]) Vgl. D. 21, 2, 62: Ad res donatas edictum aedilium curulium non pertinere dicendum est.

[11]) C. 8, 55 (De revocandis donationibus), 10, pr.: Generaliter sancimus omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut iniurias atroces in eum effundat vel manus impias inferat vel iacturae molem ex insidiis suis ingerat, qua non levem sensum substantiae donatoris imponit vel vitae periculum aliquid ei intulerit vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi impositas sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. Ähnlich ABGB. §§ 948 u. 949. Die Widerrufungsklage ist nach österr. Recht aktiv und passiv vererblich.

Nach C. 8, 55, 8 hatte der zur Zeit der Schenkung kinderlose Patron dem Freigelassenen gegenüber das Recht des Widerrufs einer Schenkung, falls er später Kinder bekam. Im Gem. Recht wurde dieser Satz auf alle Schenkungen ausgedehnt; ähnlich ABGB. § 954.

[12]) ABGB. §§ 951 und 952. — Anfechtung der Schenkung, beziehungsweise Bezug der Zinsen der Schenkung ist nach ABGB. ferner zugelassen:

a. für den Geschenkgeber: bei Dürftigkeit (§ 947) und wegen nachgeborener Kinder (§ 954),

b) für dritte: wegen Verkürzung des schuldigen Unterhalts (§ 950), wegen Verkürzung der Gläubiger (§ 953 und Anfechtungsgesetz vom 16. März 1884, RGB. Nr. 36), wegen nachgeborener Kinder (§ 954).

### c. Besondere Arten der Schenkung.

#### 1. Schenkung eines Vermögens.

Nach rR. ist die Schenkung des ganzen (jetzigen und künftigen) Vermögens zulässig. Sie begründet aber keine Universalsukzession des Beschenkten; der Schenker muß daher die einzelnen Vermögensstücke dem Beschenkten übereignen. Anderseits können die Gläubiger des Schenkers sich nach wie vor nur an den Schenker, nicht an den Beschenkten halten, wenn dieser sich nicht ihnen gegenüber unmittelbar verpflichtet hat. Dagegen kann der Schenker von dem Beschenkten die Bezahlung dieser Schulden verlangen (D. 39, 5, 29); denn als Geschenk gilt nur das Nettovermögen (quod superest deducto aere alieno, D. 23, 3, 72, pr.).[13])

#### 2. Schenkung unter einer Auflage.

Bei der Schenkung unter einer Auflage (donatio sub modo) erwirbt der Beschenkte (im Gegensatze zur bedingten Schenkung: „die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht", „der Modus zwingt, aber er suspendiert nicht", S. 285[2]), sogleich einen Anspruch auf das Geschenk; er ist aber seinerseits zur Erfüllung des Modus verpflichtet. Dem Schenker sowie dem Dritten, zu dessen Gunsten die Auflage gemacht ist (zB. A schenkt dem B eine Million mit der Auflage, daß er in der Stadt X ein Krankenhaus errichte), steht eine actio praescriptis verbis auf Erfüllung zu (C. 8, 53, 9 und 22); der Schenker kann ferner im Falle der Nichterfüllung das Geschenk mit einer condictio causa data causa non secuta (unten § 111 b) wieder zurückfordern (C. 8, 54, 3) und hat, falls der Beschenkte ihm auferlegte Alimente an den Schenker nicht leistet, sogar eine dingliche utilis rei vindicatio auf Rückgabe des Geschenks (C. 8, 54, 1). Ähnlich ABGB. §§ 709—712, 901.

---

[13]) Nach ABGB. § 944 ist die Schenkung des gesamten gegenwärtigen Vermögens zulässig, die des zukünftigen aber nur bis zur Hälfte desselben.

### 3. Remuneratorische (belohnende) Schenkung.

Der Beweggrund für die Vornahme einer Schenkung ist für deren rechtliche Behandlung grundsätzlich unerheblich. Nur ist nach rR. eine zur Belohnung für Errettung aus Lebensgefahr erfolgte Schenkung, auch wenn sie 500 solidi übersteigt, ohne Insinuation gültig und unwiderruflich[14]).

### 4. Schenkungen unter Ehegatten.

Die donatio inter virum et uxorem ist nach rR. nichtig[15]), konvalesziert aber nach einer oratio (S. 100) des Severus und Caracalla (206 n. Chr.), wenn der Schenker während bestehender Ehe, also vor dem Beschenkten, verstirbt. Gültig sind Schenkungen auf den Todesfall, da sie jederzeit widerruflich sind (D. 24, 1, 9, 2 ff.), ferner zB. zum Aufbau von Gebäuden (D. 24, 1, 14); vgl. noch D. 24, 1, 40—42.

### 5. Schenkungen von Todes wegen.

Die mortis causa donatio ist eine Schenkung unter

---

[14]) D. 39, 5, 34, 1: Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio inrevocabilis est: non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione solutis certo modo aestimari non placuit.

Vielfach ist ferner die als Schenkung bezeichnete Zuwendung in Wahrheit eine freiwillige Abgeltung geleisteter Dienste (Remuneration, Gratifikation) und wird daher wie ein lästiger Vertrag behandelt (vgl. D. 39, 5, 27, zu deren Verständnis zu bemerken ist, daß Schenkungen von Wohnungsrechten im rR. nur auf die Lebenszeit des Schenkers galten). — Vgl. ABGB. § 940.

[15]) D. 24, 1, C. 5, 16: De donationibus inter virum et uxorem. Über die Gründe des Verbots vgl. D. 24, 1, 1 ff.: Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. ne cesset eius studium liberos potius educendi. Sextus Caecilius et illam causam adiciebat, quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia.

In das ABGB. ist diese Regel nicht übergegangen. ABGB. § 1246.

der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt. Sie wird dem Vermächtnis ähnlich behandelt und gehört in das Erbrecht[16]).

## Miete. Pacht.

### § 91. Locatio conductio rei.

a. Allgemeines.

Das wichtigste Verkehrsgeschäft des römischen wie des modernen Rechts ist der Kauf, bei welchem das Eigentum eines Gegenstands gegen Geld umgesetzt wird. Dem Kauf, der emptio venditio, steht ein zweites Umsatzgeschäft, die locatio conductio[1]) in der Bedeutung und auch darin nahe (vgl. I. 3, 24, pr.), daß sie ähnlich dem Kauf ein synallagmatischer Vertrag ist (wie die Doppelbezeichnung auch hier andeutet) und zwar ebenfalls ein Konsensualvertrag und daß ferner auch bei ihr die Leistung des einen Teils in Geld besteht. Die locatio conductio unterscheidet sich aber von der emptio venditio darin, daß bei letzterer für die Zahlung das Eigentum einer (körperlichen oder unkörperlichen) Sache gewährt wird, während bei der locatio conductio als Gegenleistung für die Zahlung eine zeitweilige Benutzung eines Vermögenswerts zu gewähren ist. Beim Kauf findet also ein Umsatz von Eigentum gegen Geld, bei der locatio conductio ein Umsatz von Gebrauch gegen Geld statt.

Die Römer behandelten unter dem allgemeinen Begriffe der locatio conductio[2]) nach im wesentlichen gleichen

---

[16]) Das österr. Recht kennt die Schenkung auf den Todesfall sowohl als letztwilliges Geschäft wie als Vertrag. Ersteres ist die Regel. ABGB. § 956.

[1]) I. 3, 24: De locatione et conductione; D. 19, 2: Locati conducti (sc. actiones); C. 4, 65: De locato et conducto.

[2]) Ursprünglich heißt locare „aufstellen", conducere „wegführen". Die Übertragung dieser Worte auf den Begriff der Gebrauchsgewährung erklärt sich vermutlich so, daß die Sachenmiete sich aus der Vermietung von Zugvieh entwickelt hat. Der Eigentümer stellt es auf dem Markt auf („locat"), wer es gebraucht, führt es von

Regeln drei Gruppen von Gebrauchsgewährung, die nach der heutigen Auffassung ganz verschiedene und eigenen Grundsätzen unterstehende Rechtsinstitute darstellen, nämlich:

1. die locatio conductio rei, die heutige Miete und Pacht; Bestandvertrag;

2. die locatio conductio operarum, den heutigen Dienstvertrag;

3. die locatio conductio operis, den heutigen Werkvertrag. (Das ABGB. behandelt den Dienstvertrag und den Werkvertrag unter der Bezeichnung Lohnvertrag.)

An dieser Stelle wird vorerst nur die locatio conductio rei erörtert, während die l. c. operarum unten in § 94, die l. c. operis unten in § 95 dargestellt ist.

b. Begriff und Abschluß der locatio conductio rei.

1. Die l. c. rei ist ein gegenseitiger Vertrag, bei welchem sich der eine Teil (locator) zur Gewährung einer Sache oder eines Rechts auf Zeit, der andere (conductor)

---

da mit sich fort („conducit"). Ebenso wurde die Tätigkeit von Sklaven vermietet. Der Zugvieh oder Sklaven zwecks Gebrauchs zur Verfügung Stellende wurde locator (Vermieter), der sie zwecks Benutzung Wegholende conductor (Mieter) genannt. Ebenso wurde der freie Arbeiter, der sich — etwa wie heute ein Dienstmann oder ein Droschkenkutscher — auf dem Markt aufstellte und seine Kräfte anbot, als locator (Vermieter seiner Arbeitskraft), der Arbeitgeber, der ihn in Anspruch nahm, als conductor bezeichnet.

Mit dem ursprünglichen Wortsinne von locare und conducere schwer zu vereinigen ist es, daß bei der locatio conductio operis, gerade umgekehrt wie bei der locatio conductio operarum, der Arbeitgeber, nämlich derjenige, der die Herstellung eines Werks fortgibt, „verdingt", als locator, der Arbeiter, der diese Herstellung übernimmt, der „Unternehmer", als conductor (oder redemptor) bezeichnet wird, so daß bei der l. c. operarum der „conductor", bei der l. c. operis der „locator" die „merces" zahlt. Man kann sich vorstellen, daß der Arbeitgeber die Herstellung des Werks auf dem Arbeitsmarkt ausbot und die dazu erforderlichen Materialien aufstellte („locat"), der Werkmeister diese zwecks Herstellung des übernommenen Werks mit nach Hause nahm („conducit").

In den Quellen heißt der Grundstücksmieter inquilinus (incola), der Grundstückspächter colonus (fundi).

zur Zahlung einer Geldsumme (merces, pensio) hierfür verpflichtet (ABGB. §§ 1090, 1092, 1093). Wird hierfür nur der zeitweilige Gebrauch (ein uti licere) eingeräumt, so spricht man heute von Miete; ist an dem zeitweilig überlassenen Gegenstande jedoch auch eine Fruchtziehung möglich und soll neben dem Gebrauch auch diese gewährt werden (ein uti frui licere), so spricht man heute von Pacht[3]).

2. Da die l. c. nach rR. Konsensualvertrag ist (S. 454), so bedarf der Mietvertrag keiner Form[4]); er ist vielmehr mit der Einigung der Parteien über die Essentialien, nämlich Mietsache und Mietzins, rechtsbeständig (D. 19, 2, 2, pr., ABGB. § 1094). In beiden Beziehungen gelten ähnliche Grundsätze wie beim Kauf; es genügt Bestimmbarkeit[5]) des Mietzinses (S. 514[9]); man kann eine fremde Sache vermieten (D. 19, 2, 9, 6, S. 514), so vor allem auch die gemietete Sache und zwar nach rR.[6]) selbst ohne

---

[3]) Im Wesen gleich, im Ausdrucke verschieden (ABGB. § 1091). Miete und Pacht unterscheiden sich voneinander dadurch, daß der Mieter nur Gebrauch, der Pächter Gebrauch und Fruchtgenuß erhält; von der Leihe (unten § 92) dadurch, daß diese auf unentgeltliche Gebrauchsüberlassung geht; vom Darlehen (unten § 93) dadurch, daß hierbei nur Wiedergabe in genere stattfindet; vom Nießbrauch und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (unten § 134) dadurch, daß diese Rechtsinstitute dingliche Rechte (Servituten) sind, während durch Miete und Pacht nur Schuldverhältnisse hervorgerufen werden.

[4]) Auch nach ABGB. §§ 1094 und 883 ist der Mietvertrag formlos gültig.

[5]) Jedoch muß der Mietzins in Geld bestehen; wird für eine Gebrauchsüberlassung eine andere Vergütung bestimmt, so ist das Geschäft nicht als l. c., sondern als Innominatkontrakt (S. 453, do oder facio ut facias) anzusehen. Vgl. ABGB. §§ 1092, 1055 und 1103.

[6]) Nach ABGB. § 1098 kann der Mieter die Sache vermieten, wenn es ohne Nachteil des Eigentümers geschehen kann und wenn es im Vertrag nicht ausdrücklich untersagt worden ist.

Nach rR. haften die eingebrachten Sachen des Aftermieters in Höhe des von diesem an den Hauptmieter zu zahlenden Mietzinses für die Mietschuld des Hauptmieters, ebenso ABGB. § 1101; der Aftermieter wird daher seiner Mietschuld gegen den Hauptmieter ledig, wenn er an den Vermieter zahlt (D. 13, 7, 11, 5).

Einwilligung des Vermieters (C. 4, 65, 6 sog. sublocatio, Aftervermietung); man kann nicht seine eigene Sache mieten (S. 513[6]), es sei denn, daß man deren Gebrauch nicht hat (D. 41, 2, 28, ABGB. § 1093).

c. Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter.

1. Durch den Abschluß des Mietvertrags werden lediglich obligatorische Beziehungen zwischen den Parteien geschaffen. Dagegen hat der Mieter weder Besitz noch ein dingliches Recht an der Sache. Der Vermieter kann den Mieter daher jederzeit der Innehabung der Mietsache entsetzen, ohne daß diesem als bloßem Detentor die possessorischen Interdikte (unten § 116 c) zustehen; freilich wird der Vermieter entschädigungspflichtig, falls die Entsetzung vertragswidrig geschieht. Ferner kann bei Veräußerung der vermieteten Sache weder der Erwerber vom Mieter (D. 19, 2, 32, C. 4, 65, 9), noch dieser von jenem (D. 19, 2, 25, 1) die Fortsetzung der Miete beanspruchen (Kauf bricht Miete); natürlich wird aber der Vermieter dem von dem Erwerber vertriebenen Mieter ebenfalls entschädigungspflichtig[7]).

---

[7]) D. 19, 2, 25, 1: Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.

Die unsichere Stellung des Mieters erklärt sich daraus, daß in Rom die Grundstücksmiete nicht die Bedeutung hatte, wie bei uns. Nur ganz vermögenslose Personen wohnten in einem Miethause (insula). Bei der Rezeption hat der Grundsatz „Kauf bricht Miete" den umgekehrten Grundsatz des deutschen Rechts „Heuer geht vor Kauf" überwunden. Auch im ABGB. ist der römisch-rechtliche Grundsatz siegreich geblieben, mit der Modifikation, daß der Erwerber der Bestandsache den Mieter nicht ohne weiteres entfernen darf, sondern ihm kündigen muß (ABGB. § 1120). Doch kann bei unbeweglichen Sachen durch Einverleibung des Mietsvertrags in das öffentliche Buch das Recht des Mieters auch gegen die Singularsukzessoren des Vermieters wirksam gemacht werden (sogenannte dingliche Wirkung, ABGB. § 1095 S. 530[6]). Umgekehrt wirkt eine solche Eintragung des Mietsvertrages auch den Übergang der Berechtigung des Bestandgebers auf seinen Singularsukzessor. — Nur bei der notwendigen gerichtlichen

2. Die Rechtsbeziehungen zwischen Vermieter und Mieter richten sich in erster Linie nach dem Mietvertrage. Erst mangels besonderer Vertragsabreden kommen die nachfolgenden gesetzlichen Regeln zur Anwendung.

*a.* Der Vermieter ist verpflichtet, dem Mieter die vermietete Sache „auf eigene Kosten in brauchbarem Stande zu übergeben und während der Vertragsdauer darin zu erhalten" (ABGB. § 1096). Aus dieser, vom Mieter mit der actio conducti geltend zu machenden Pflicht folgt im einzelnen:

a. Die Mietsache muß dem Mieter in dem bedungenen oder üblichen Zustand insbesondere mit dem üblichen Zubehör (D. 19, 2, 19, 2) übergeben werden. Ist sie mit einem Mangel behaftet, der ihren vertragsmäßigen Gebrauch hindert, so stehen dem Mieter zwar nicht die ädilizischen Klagen (S. 523) zu, da deren Anwendungsgebiet sich auf den Kauf beschränkt (D. 21, 1, 63); der Mieter hat aber in ähnlicher Weise wie der Käufer die Wahl zwischen dem Rücktritt und einer entsprechenden Minderung des Mietzinses. Dies gilt auch, wenn ein Mangel während der Mietzeit eintritt (D. 19, 2, 25, 2). Der Vermieter haftet ferner dem Mieter auch für den durch den Gebrauch der mangelhaften Sache herbeigeführten Schaden, wenn ihn eine Schuld trifft oder er die Abwesenheit des Mangels ausdrücklich oder stillschweigend zugesichert hatte[8]). Ähnliche Grundsätze gelten, wenn die Mietsache dem Mieter nicht rechtzeitig übergeben oder durch den Vermieter oder einen dritten Besserberechtigten entzogen wird[9]).

---

Veräußerung der Bestandsache, ferner bei der freiwilligen Veräußerung im Konkurse muß sich auch der intabulierte Mieter eine Kündigung gefallen lassen. ABGB. § 1121, EO. §§ 150 und 227, KO. § 23.

[8]) D. 19, 2, 19, 1: Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita Cassius scripsit. aliter atqui si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti pensionem non petes.

[9]) D. 19, 2, 60, pr.; wegen einer unerheblichen Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs ist der Rücktritt jedoch unzulässig

b. Der Vermieter ist ferner verpflichtet, die Sache während der Vertragsdauer in gebrauchsfähigem Zustande zu erhalten. Er trägt deshalb die Wiederherstellungskosten (D. 19, 2, 15, 1, ferner 19, 2 und 25, 2) sowie die sonstigen Lasten der Sache (zB. D. 43, 10, 1, 3; ABGB. §§ 1097 und 1099) und muß daher dem Mieter die hierfür notwendig oder nützlich gemachten Aufwendungen erstatten, während der Mieter hinsichtlich sonstiger Verwendungen nur ein ius tollendi hat (D. 19, 2, 19, 4 ferner 55, 1 und 61, pr.).

c. Der Vermieter trägt die Gefahr (periculum est locatoris, S. 462[2]); d. h. geht die Mietsache während der Mietsdauer ohne Verschulden des Mieters unter, so braucht dieser keinen Mietszins mehr zu zahlen, wird sie erheblich (D. 19, 2, 27, pr.) verschlechtert, so kann er einen entsprechenden Abzug machen[10]).

β. Der Mieter ist verpflichtet:

a. zur Zahlung des vereinbarten Mietszinses, und zwar mangels einer anderen Abrede „postnumerando", d. h. am Ende der Mietzeit oder eines abgeschlossenen Teils derselben; der Vermieter hat also im Zweifel vorzuleisten (ebenso ABGB. § 1100);

b. zu vertragsmäßigem Gebrauch (D. 19, 2, 11; ebenso ABGB. § 1098);

c. zur Rückgabe der Sache in einem dem Empfang unter Berücksichtigung der angemessenen Abnutzung entsprechenden Zustande (vgl. ABGB. § 1109). Wegen etwaiger Verwendungsansprüche hat der Grundstücksmieter kein Zurückbehaltungsrecht (C. 4, 65, 25; ebenso ABGB. § 1109).

---

(D. 19, 2, 24, 4). Für das ABGB. gelten die allgemeinen Grundsätze der Gewährleistung, §§ 922 ff. (S. 526[5]).

[10]) Vgl. zB. D. 19, 2, 30, 1: (Alfenus): Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret. Vgl. ABGB. §§ 1104 ff.

Der Vermieter macht die vorstehenden Ansprüche mit der actio locati geltend.

3. Der Vermieter eines praedium urbanum, d. h. eines nach seiner Art[11]) zum Gebrauche zum Wohnen, als Stall oder Lagerplatz (D. 20, 2, 4, 1) bestimmten Grundstücks hat wegen aller seiner Ansprüche aus dem Mietverhältnis (Mietszins, Schadensersatz, D. 20, 2, 2) ein gesetzliches Pfandrecht (pignus tacitum)[12]) an den „invecta et illata" des Mieters, d. h. den diesem gehörigen beweglichen Sachen, die der Mieter auf das Grundstück gebracht hatte, damit sie dauernd dort bleiben („qua, ut ibi sint, illata fuerint", D. 20, 2, 7, 1). Zur Geltendmachung dieses gesetzlichen Pfandrechts, d. h. zur Erlangung des Besitzes an den invecta und illata, stehen dem Vermieter zwei Rechtsbehelfe zu Gebot: ein possessorisches, nur gegen den Mieter wirksames (C. 8, 9, 1), das interdictum Salvianum[13]), und ein dingliches, auch gegen dritte wirksames, die actio Serviana[14]). Umgekehrt steht dem

---

[11]) Unerheblich ist für den Begriff des praedium urbanum seine Lage (S. 218); D. 50, 16, 198: urbanum praedium non locus facit, sed materia.

[12]) Ursprünglich mußte der Mieter dem Vermieter durch Nebenvertrag dies Pfandrecht besonders bestellen: allmählich wurde diese Nebenabrede so üblich, daß sie auch ohne ausdrückliche Verabredung als stillschweigend vereinbart galt; vgl. die Überschrift von D. 20, 2: In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur und unten §§ 138 b und 139 c 1 α.

[13]) Ursprünglich stand das int. Salvianum nur dem Verpächter zu, der sich in den Besitz der ihm vom Pächter für den Pachtzins verpfändeten invecta et illata setzen wollte, später wurde es auch dem Vermieter gegeben. Auch die actio Serviana wurde zuerst dem Verpächter zur Erlangung des Besitzes der ihm verpfändeten Sachen gegeben, erst später „utiliter" auch sonstigen Pfandgläubigern, vgl. unten § 138 b.

[14]) Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters ist auch in das ABGB. übergegangen (§ 1101). Es ist jedoch nur zur Sicherung der Zinsforderung gegeben; es erstreckt sich auf die eingebrachten, dem Mieter oder Aftermieter eigentümlichen oder von einem Dritten ihnen anvertrauten Einrichtungsstücke und Fahrnisse, welche zur Zeit der Klage noch in der Wohnung befindlich sind. Der Aftermieter haftet nur nach

Mieter, dessen Sachen von dem Vermieter rechtswidrig zurückgehalten werden, ein interdictum de migrando zu (D. 43, 32). Über die Haftung der Sachen des Aftermieters vgl. S. 541[6].

4. Die Miete endigt:

regelmäßig mit Ablauf der bedungenen Mietzeit. Vorzeitig kann sie endigen:

α. Durch Rücktritt des Mieters wegen Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs (D. 19, 2, 25, 2) und im Falle begründeter Furcht (D. 19, 2, 27, 1).

β. Durch Rücktritt des Vermieters wegen:

a. dringenden eigenen Bedürfnisses (C. 4, 65, 3);

b. der Notwendigkeit eines Hauptbaus (D. 19, 2, 30, pr. und 35, pr.);

c. Nichtzahlung der Miete während voller zweier Jahre (D. 19, 2, 54, 1 und 56);

d. Mißbrauch der Mietsache durch den Mieter (S. 544).

γ. Durch Untergang der Mietsache.

Keinen Einfluß auf das Mietverhältnis hat der Tod eines Vertragsteils (I. 3, 24, 6, C. 4, 65, 10).[15])

---

Maß seines Mietzinses (Anm. 6). Ob der Bestandgeber den Mieter an der Ausbringung der Fahrnisse hindern und sich so sein Pfandrecht wahren dürfe, ist sehr bestritten. Jedenfalls kann aber bei bescheinigter Gefahr der Vermieter eine einstweilige Verfügung des Gerichts, und zwar Verwahrung und Verbot der Veräußerung oder Verpfändung der Pfandobjekte verlangen (EO. § 379 Z. 1 u. 2).

[15]) Das ABGB. kennt außer dem Untergang der Sache (§ 1112) und dem Verlauf der Zeit (§§ 1113—1115) als Endigungsgrund noch die Aufkündigung (§§ 1116—1119). Diese wirkt in der Regel erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit, in folgenden Fällen aber sofort:

a. Kündigung des Mieters: wenn die Mietssache ihrer mangelhaften Beschaffenheit wegen zu dem ordentlichen Gebrauch untauglich ist; wenn ein beträchtlicher Teil des Bestandstückes durch Zufall auf eine längere Zeit entzogen oder unbrauchbar wird; endlich wenn der Bestandgeber dasselbe nicht mehr in brauchbarem Stande erhält.

b. Kündigung des Vermieters: wenn der Mieter einen erheblich nachteiligen Gebrauch von der Mietsache macht; wenn er nach geschehener Einmahnung mit der Bezahlung des Zinses dergestalt säumig

Wird nach Ablauf der Mietzeit die Mietbenutzung fortgesetzt (relocatio tacita), so gilt das Mietverhältnis nach D. 19, 2, 13, 11 als fortgesetzt „prout quisque habitaverit, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est“ [16]), während die stillschweigend fortgesetzte Pacht auf ein Jahr für erneuert gilt.

d. Pacht.

Für die Pacht, d. h. die entgeltliche Gewährung des Gebrauchs und der Nutzung einer fruchttragenden Sache oder eines Rechts (publicani, S. 73[4]), gelten nach rR. im allgemeinen die Grundsätze der Miete.

Besonderheiten der Pacht sind:

1. Colonia partiaria. Die Gegenleistung desjenigen, dem eine fruchttragende Sache nicht nur zum Gebrauche, sondern auch zur Fruchtgewinnung überlassen wird (pensio), kann nach rR. bestehen in Geld, in einer bestimmten Menge von Früchten (pars quanta) oder in einem gewissen Anteil an diesen (pars quota). In letzterem Falle (sog. colonia partiaria, Teilpacht) soll zwischen Verpächter und Pächter, besonders bezüglich der Tragung der

---

ist, daß er mit Ablauf des Termins den rückständigen Zins nicht vollständig entrichtet hat, oder wenn ein vermietetes Gebäude neu aufgeführt wird.

Die Änderung, die die Veräußerung der Mietsache hervorbringt, wurde bereits oben S. 542[7] besprochen.

[16]) Das bedeutet: ist in dem ursprünglichen Mietvertrage vorgesehen, daß mangels einer Kündigung das Mietverhältnis als für eine gewisse Zeit für verlängert zu erachten sei, so bleibt diese Vertragsabrede maßgebend. Manche wollen aus dem Satze jedoch den Grundsatz entnehmen, daß im Falle der relocatio tacita sich das Mietsverhältnis stets um die ursprüngliche Vertragszeit verlängere. Nach ABGB. § 1115 und CPO. § 569 gilt das fortgesetzte Mietverhältnis, wenn kein Teil binnen 2 Wochen seit Eintritt des Endtermins bezw. wenn die Bestandzeit weniger als 1 Monat beträgt, binnen einer der Hälfte der ursprünglich bedungenen Zeit gleichkommenden Frist widerspricht, als erneuert, und zwar auf ½ Jahr bei Mietungen, bei denen der Mietzins ganz- oder halbjährig entrichtet wird, auf die ursprüngliche Vertragsdauer bei kürzeren Mietungen.

Gefahr, ein gesellschaftsähnliches Verhältnis stattfinden (partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partītur, D. 19, 2, 25, 6, so ausdrücklich ABGB. § 1103).

2. Remissio mercedis. Der Pächter kann bei ungewöhnlichen Unglücksfällen, welche die Fruchtgewinnung beeinträchtigen, einen Pachtzinserlaß (remissio mercedis) beanspruchen unter der Verpflichtung, den erlassenen Teil des Pachtzinses aus den Erträgnissen ungewöhnlich glücklicher Jahre nachzuzahlen (D. 19, 2, 15, 2—4, C. 4, 65, 8).[17])

3. Pachtungsverbote. Den Dekurionen (S. 85, C. 4, 65, 30), Soldaten (D. 19, 2, 50, C. 4, 65, 31 und 35) und Geistlichen (Nov. 123 c. 6) sind Pachtungen überhaupt, den kaiserlichen Hausbeamten Pachtungen von Grundstücken des kaiserl. Kronvermögens (C. 11, 73, 1), den Vormündern vor der Entlastung fiskalische Pachtungen verboten (D. 19, 2, 49, C. 5, 41, 1).

4. Pfandrecht. Während das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters die invecta et illata des Mieters umfaßt, hat der Verpächter ein Pfandrecht nur an den vom Pächter (oder dessen Afterpächter, D. 19, 2, 24, 1) erworbenen Früchten (D. 20, 2, 7, pr.), nicht auch an seinen eingebrachten Sachen (D. 22, 2, 4, pr.), vgl. ABGB. § 1101 (Früchte und Inventar).

5. Fruchterwerb. Da der Pächter am Pachtgrundstücke kein dingliches Recht hat, so erwirbt er dessen Frucht nicht schon mit der Trennung (Separation), sondern erst mit der Besitzergreifung (Perzeption), zu welcher er jedoch der Genehmigung des Verpächters bedarf (unten § 124). Widerspricht der Verpächter, so wird der Pächter nicht Eigentümer der Früchte, kann aber bei Vertragswidrigkeit des Widerspruchs vom Verpächter mit der actio conducti Schadensersatz verlangen[18]).

---

[17]) ABGB. §§ 1104 ff. Der Pächter ist danach nicht so günstig gestellt wie der Mieter.

[18]) Nach ABGB. wird der Pächter mit der Trennung Eigentümer der Früchte.

6. Pacht eines Grundstücks mit Inventar. Wird ein Grundstück mit dem Inventar (instrumentum), d. h. den zur Bewirtschaftung des Grundstücks bestimmten und mit diesem in eine räumliche Beziehung gebrachten Sachen, verpachtet (sog. fundus instructus), so sind verschiedene Gestaltungen möglich:

α. das Inventar wird einfach mitverpachtet; dann bleibt der Verpächter Eigentümer, trägt die Gefahr und ist zur Erhaltung verpflichtet;

β. das Inventar wird vom Pächter zum Schätzungswert übernommen, mit der Verpflichtung, es beim Pachtende zum Schätzungswerte zurückzugewähren (aestimatio taxationis causa). Auch hierbei bleibt der Verpächter Eigentümer des Inventars; dessen Gefahr trägt aber der Pächter, da er beim Pachtende nur den Schätzungswert der vorhandenen Stücke zurückerhält[19])[20]);

γ. das Inventar wird vom Pächter gekauft. Dann erfolgt die auch hier erforderliche aestimatio also venditionis causa und der Pächter wird Eigentümer. Für diese Gestaltung spricht nach rR. eine gesetzliche Vermutung[21])[22]).

---

[19]) Diese Art des Pachtvertrags wird wegen der dem Pächter obliegenden Erhaltung des Inventars insbesondere des Viehstandes auf der Höhe zur Zeit der Übernahme als Eisernviehvertrag, contractus socidae, bezeichnet („Eisern Vieh stirbt nie"). Ein Eisernviehvertrag kommt übrigens auch unabhängig von einer Grundstückspachtung bei Übergabe einer Herde zum Gebrauch und zur Nutzung vor (bail à cheptel).

[20]) Die Fälle, in denen ein Pächter (oder Mieter) vom Verpächter vertretbare Sachen mit der Abrede übernimmt, daß nicht gerade die gleichen Sachen zurückzugeben sind, sondern tantundem eiusdem generis, werden gemeinrechtlich als locatio conductio irregularis bezeichnet.

[21]) D. 19, 2, 3: Cum fundus locetur et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus, sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur.

[22]) Nach ABGB. bestehen weitere Unterschiede zwischen Pacht und Miete: a. Pflicht des Pächters zur gewöhnlichen Ausbesserung der Wirtschaftsgebäude (§ 1096); b. hinsichtlich der Lasten (§ 1099);

## Leihe.

### § 92. Commodatum.

#### a. Begriff und Abschluß.

Leihe (commodatum = commodo datum) ist die vertragsmäßige, unentgeltliche, zeitweilige Überlassung einer Sache zum Gebrauche[1]). Das Kommodat ist nach rR. einer

---

c. hinsichtlich der stillschweigenden Erneuerung (§ 1115); d. hinsichtlich der Aufkündigung (§ 1116). — Wichtig ist auch die Vorschrift des § 1109, daß gepachtete Grundstücke mit Rücksicht auf die Jahreszeit in gewöhnlicher wirtschaftlicher Kultur zurückzustellen sind.

[1]) D. 13, 6: Commodati vel contra; C. 4, 23: De commodato.

Die Römer kannten zwei Arten unentgeltlicher Gebrauchsüberlassung: das commodatum und das precarium, die — wenigstens bis in die klassische Zeit — tiefgehende Unterschiede aufwiesen (D. 43, 26: De precario, C. 8, 9: De precario et de Salviano interdicto).

a. Das commodatum war ein Realvertrag, das precarium ein rein tatsächliches Verhältnis, wobei jemand (precario dans) einem Anderen (precario accipiens, Prekarist) einen Gegenstand zum unentgeltlichen Gebrauch überließ, ohne sich aber irgendwie binden zu wollen. Während der Kommodant daher verpflichtet war, die geliehene Sache dem Entleiher für bestimmte Zeit oder bis dieser einen bestimmten Gebrauch machen konnte, zu belassen, stand das precario Gegebene auf beliebigen Widerruf (D. 43, 26, 1, pr.: Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur). Dies galt selbst dann, wenn dem Prekaristen die Belassung für eine bestimmte Zeit versprochen war (D. 43, 26, 12, pr.). So war nach Niebuhr insbesondere das Verhältnis zwischen Patron und Klienten hinsichtlich des aus ager publicus gewährten Lehnguts (vgl. S. 46) und in klassischer Zeit das Verhältnis zwischen dem Faustpfandgläubiger, der dem Verpfänder die Pfandsache, sowie dem Verkäufer, der vor Zahlung des Kaufpreises dem Käufer die Kaufsache widerruflich überläßt (D. 43, 26, 11 und 20).

b. War hiernach der precario dans nicht vertraglich gebunden, so zog das rR. daraus die Folgerung, daß auch umgekehrt der precario accipiens keine vertraglichen Pflichten hätte. Daher haftete der Prekarist nicht, wie der Kommodatar, für omnis culpa, sondern nur für dolus, dem erst in der Kaiserzeit — wie auch sonst, S. 423[6] — die culpa lata gleichgestellt wurde. Ferner stand dem precario dans auf Rückgabe der hingegebenen Sache keine Vertragsklage (wie dem Kommodanten die

der vier benannten Realkontrakte (I. 3, 14, 2, D. 44, 7, 1, 3); es wird daher erst durch die Übergabe bindend (S. 451, ebenso ABGB. § 971). Ein nicht in Stipulationsform abgeschlossenes pactum de commodando erzeugt als nudum pactum (S. 455) vor der Übergabe keine Verpflichtungen. Anders ABGB. § 971 (gültiger Vorvertrag).

Die Leihe unterscheidet sich:

1. von der Miete durch ihre Unentgeltlichkeit;

2. vom Darlehen (unten § 93) dadurch, daß bei diesem nicht die empfangene Sache (in specie) wie bei der Leihe, sondern nur „tantundem eiusdem generis" zurück zu erstatten ist. Deshalb müssen die zu Darlehen gegebenen Sachen vertretbar sein und gehen in das Eigentum des Empfängers über (quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis, D. 44, 7, 1, 2), während bei der Leihe, die an vertretbaren wie an unvertretbaren Sachen zulässig ist[2]), weder

---

actio commodati directa) zu, sondern der Prätor gewährte ihm nur eine auf die bloße Tatsache der nach dem Widerruf unberechtigten Innehabung, nicht auf das Versprechen der Rückgabe gegründetes interdictum de precario (D. 43, 26, 2, pr.: Ait praetor: „Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas"). Später gab man ihm auch eine condictio sine causa. An einigen Stellen (D. 43, 26, 2, 2 und 19, 2) sprechen die Pandekten zwar von einer gegen den Prekaristen zustehenden actio praescriptis verbis, gleich als wäre das precarium zu einem Innominatkontrakte geworden (S. 453); die Echtheit dieser Stellen ist jedoch zu bezweifeln.

c. Während der Kommodatar nach rR. nur Innehabung (Detention) hatte, war der Prekarist „abgeleiteter" juristischer Besitzer (D. 43, 26, 4, 1 und 15, 4), hatte also Besitzschutz aus eigenem Rechte, nur nicht gegen den precario dans (unten § 114 b 1 α b).

Das ABGB. § 974 erklärt, daß das Bittleihen, d. i. das Prekarium, „kein wahrer Vertrag" sei; ein Bittleihen liegt dann vor, wenn die Zeit des Gebrauches für den Entlehner nicht bestimmt ist, wenn also der Verleiher die entlehnte Sache nach Willkür zurückfordern kann.

[2]) Dagegen ist an verbrauchbaren Sachen eine Leihe nur dann möglich, wenn eine Benutzung ohne Verbrauch möglich ist; D. 13, 6, 3, 6: Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat (zB. Früchte zur Tafeldekoration).

ein Eigentums- noch sonst ein Besitzwechsel stattfindet (D. 13, 6, 8: Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus). Der „Kommodant" („Verleiher" im ABGB.) bleibt Eigentümer der geliehenen Sache, wenn er es war, was für die Rechtsbeständigkeit des Leihvertrags übrigens unerheblich ist (D. 13, 6, 15 und 16); und der „Kommodatar" („Entlehner" im ABGB.) wird nicht juristischer Besitzer, sondern nur Detentor.

b. Inhalt des Leihvertrags.

1. Das commodatum ist ein contractus bilateralis inaequalis (S. 232). Durch den Leihvertrag entstehen nämlich unbedingt nur die unter 2 erwähnten (vom Verleiher mit der actio commodati directa geltend zu machenden) Verpflichtungen des Entleihers, während die — unter 3 behandelten — Verpflichtungen des Verleihers (welche der Entleiher mit der actio commodati contraria geltend macht) zwar entstehen können, aber nicht müssen. Die wechselseitigen Verpflichtungen sind von dem Gedanken aus geordnet, daß die Leihe zwar grundsätzlich (vgl. jedoch zB. D. 13, 6, 18, pr. a. E.) ein lediglich dem Kommodatar vorteilhaftes Geschäft ist (daher die verschiedene Haftung des Kommodanten und des Kommodatars, s. u.), daß die Leihe aber anderseits ein Vertrag ist, der wechselseitige Pflichten erzeugt (daher ist zB. keine unzeitgemäße Rückforderung der geliehenen Sache zulässig, ebenso ABGB. § 976).[3])

2. Der Entlehner ist verpflichtet zur:

α. Tragung der gewöhnlichen Unterhaltskosten, bei Leihe eines Tieres insbesondere der Fütterungskosten (modica impendia, D. 13, 6, 18, 2, ebenso ABGB. § 981;

[3]) Vgl. die lehrreiche l. 17 § 3 D. 13, 6: Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque.

β. Haftung für jedes Verschulden, ja sogar für Zufall, wenn dessen Einwirkung durch vertragswidrigen Gebrauch ermöglicht wird (D. 13, 6, 18, pr.),[4]) nicht aber für einen bei vertragsmäßigem Gebrauch eintretenden zufälligen Schaden (D. 13, 6, 23, ebenso ABGB. § 979); liegt die Leihe im Interesse beider Beteiligter, so haftet der Entlehner nur für dolus und culpa lata (D. 13, 6, 18, pr.);

γ. Rückgabe nach Ablauf der bestimmten oder sich aus dem Leihezweck ergebenden Zeit und zwar mit allen Vermehrungen (D. 22, 1, 38, 10; ebenso ABGB. §§ 972 u. 973).[5])

3. Der Verleiher kann verpflichtet sein:

α. zum Schadensersatz, wenn ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt[6]);

β. zum Ersatz von Verwendungen, soweit sie die vom Entlehner zu tragenden Unterhaltskosten übersteigen (D. 13, 6, 18 und 21, ebenso ABGB. § 981). Hierfür hat nach rR. — nicht auch nach ABGB. — der Entlehner ein Zurückbehaltungsrecht (D. 47, 2, 60).

---

[4]) Über die Pflicht des Entlehners, im Falle der Gefahr die geliehene Sache eher zu retten als die eigene, vgl. D. 13, 6, 5, 4: proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.

[5]) Nach ABGB. § 978 ist der Verleiher berechtigt, die Sache sogleich zurück zu fordern, wenn der Entlehner die Sache anders gebraucht, als es bedungen war, oder den Gebrauch derselben eigenmächtig einem Dritten gestattet. — Der Entlehner ist in der Regel berechtigt, die entliehene Sache auch vor dem Rückstellungstermin zurück zu geben ABGB. § 977.

[6]) D. 13, 6, 18, 3: Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est. Vgl. ferner D. 13, 6, 22. Nach ABGB. ist der Verleiher zum Ersatze jedes schuldhaft zugefügten Schadens verbunden.

## Darlehen.

### § 93. Mutuum.

#### a. Begriff und Abschluß.

1. Darlehen[1]) (mutuum)[2]) ist ein Vertrag, bei dem jemand (Darleiher, Gläubiger) einem Anderen (Darlehnsempfänger, Schuldner) Geld oder andere vertretbare Sachen unter der Verpflichtung zu Eigentum übergibt, das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurück zu erstatten (ABGB. § 983).

2. Das mutuum ist nach rR. einer der vier benannten Realkontrakte (mutuum, depositum commodatum, pignus, S. 452). Das bedeutet, daß erst die Ausantwortung der Darlehnssumme den Darlehnsvertrag zur Entstehung bringt. Auch wenn eine Vereinbarung über Hingabe eines Darlehns (pactum de mutuo dando) vorausgegangen

---

[1]) D. 12, 1; De rebus creditis si certum petetur et de condictione; C. 4, 1: De rebus creditis et de iureiurando; 4, 2: Si certum petatur. Die Benennung „De rebus creditis" ist in D. 12, 1, 1, 1 dadurch erklärt, daß dieser Titel die Kreditgeschäfte umfaßt, d. h. Geschäfte, bei denen der eine Teil in der Gegenwart dem anderen eine Leistung „anvertraut", die Rückleistung oder Gegenleistung aber erst in der Zukunft zu erfolgen braucht: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. Wegen dieser Natur der Kreditgeschäfte gelten sie im Gegensatz zu sonstigen Geschäften (S. 474[5]) als unter einer „clausula rebus sic stantibus" geschlossen. Hat sich jemand also in Stipulationsform verpflichtet, ein Darlehen zu gewähren, so wird er von dieser Verpflichtung frei, wenn der Darlehnsempfänger in der Zwischenzeit in Vermögensverfall gerät; tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur „si in eadem causa maneat", D. 46, 3, 38, pr. Vgl. ABGB. § 936.

[2]) Das „mutuum" (angeblich daraus herzuleiten „quod ex meo tuum fit", I. 3, 14, pr., D. 12, 1, 2, 2) war das Kreditgeschäft des klassischen rR. Das Darlehnsgeschäft des ius civile war das in klassischer Zeit veraltete nexum (S. 147).

ist, gilt die Auszahlung als erfolgt nicht solvendi causa (zur Erfüllung dieses Vorvertrags), sondern obligandi causa (als ein den Darlehnsvertrag erst zur Entstehung bringender Umstand). Ebenso ABGB. § 983.

3. Die hiernach für das Darlehen begrifflich notwendige Hingabe vertretbarer Sachen[3]) setzt Eigentumsverschaffung an diesen voraus. Daraus folgt:

*α.* Beim Darlehen geht die Rückgabeverpflichtung nicht auf idem, sondern auf tantundem eiusdem generis[4]). Die Gefahr des Untergangs der empfangenen Geldstücke trifft also den Darlehnsempfänger (D. 44, 7, 1, 4).

*β.* Der Verleiher muß Eigentümer der zum Darlehen gegebenen Gegenstände und zur Verfügung darüber befugt sein (l. 2 § 4, l. 66 D. 12, 1). Andernfalls kann er nicht mit der Darlehnsklage klagen (D. 12, 1, 2, 2), sondern er kann das Hingegebene nur kondizieren (D. 12, 1, 11, 2) und ein etwa für das Darlehen gestellter Bürge haftet nicht (D. 46, 1, 56, 2). Erwirbt der Empfänger jedoch das Eigentum des Empfangenen nachträglich (zB. durch Konvaleszens, zB. 279), verbraucht er insbesondere das Empfangene redlich, zB. durch Ausgabe der empfangenen Geldstücke oder vermengt er ununterscheidbar das fremde Geld mit

---

[3]) Vgl. D. 44, 7, 1, 2: Mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis.

[4]) Dadurch unterscheidet sich das Darlehen von Miete, Leihe und Verwahrung. Freilich kann bei diesen Verträgen, wenn sie sich auf vertretbare Sachen beziehen, auch vereinbart werden, daß die Rückgabe des Hingegebenen auch in anderen als den empfangenen Stücken erfolgen dürfe (sog. irreguläre Miete, Leihe oder Verwahrung). Dann ist freilich das erwähnte begriffliche Unterscheidungsmerkmal verwischt und es hängt von der Beurteilung der Parteiabsicht ab, ob Darlehen oder einer der erwähnten irregulären Verträge vorliegt. Gibt zB. A dem B 10000 K. bar, so liegt depositum irregulare vor, wenn das Geschäft wesentlich im Interesse des A, damit er der Aufbewahrung des Geldes überhoben wird, Darlehen, wenn es wesentlich im Interesse des B, damit er Betriebsmittel erhalte, abgeschlossen wird (unten § 100 c).

dem seinigen, so gewährt das rR. dem Darleiher eine besondere (in neuerer Zeit so genannte) condictio de bene depensis (I. 2, 8, 2; l. 11 § 2, ll. 12. 13 D. 12, 1). Hat der Empfänger es unredlich verbraucht, so kann der Verleiher gegen ihn mit einer actio ad exhibendum (unten § 110) oder der condictio furtiva (unten § 112 b 1) vorgehen.

γ. Nach älterem rR. entstand ein Darlehnsvertrag nur durch unmittelbare Überführung der zum Darlehen bestimmten vertretbaren Sachen aus dem Eigentume des Darleihers in das des Empfängers (D. 17, 1. 34, pr.). Im späteren rR. werden aber auch verschiedene Fälle bloß mittelbarer Eigentumsübertragung als genügend anerkannt. Ein Darlehen soll nämlich auch entstehen, wenn der Darleiher:

a. dem Darlehnsempfänger eine Sache nicht zu Eigentum[5]), sondern mit der Weisung übergibt, daß er sie veräußern und den Erlös als Darlehen behalten soll (D. 12, 1, 11, pr., sog. contractus mohatrae, ein im Mittelalter aus dem Arabischen entnommenes Wort, auch barata genannt);

b. dem Darlehnsempfänger Sachen zu einem Schätzungspreise zu Eigentum übergibt mit der Abrede, daß dieser Preis als Darlehnsbetrag geschuldet sein sollte (D. 12, 1, 11, pr., C. 4, 2, 8);

c. seinen Schuldner anweist, die schuldige Zahlung an den Darlehnsempfänger zu leisten;

d. mit seinem Schuldner übereinkommt, daß dieser die aus irgend einem Rechtsgrunde (Kauf, Miete, Schenkungsversprechen, Depositum, Mandat) geschuldete Leistung vertretbarer Sachen als Darlehen behalten soll (D. 12, 1, 15, vgl. jedoch D. 17, 1, 34, pr.).[6])

---

[5]) Also dergestalt, daß der Darlehnsgeber bis zur Veräußerung auch die Gefahr trägt; D. 12, 1, 11, pr.

[6]) Auch nach ABGB. kann ein Darlehensvertrag ohne körperliche Übergabe der zum Darlehen bestimmten Sachen zustande kommen. Die Übergabe kann ja auch durch Zeichen (ABGB. § 427) oder durch Erklärung (ABGB. § 428) erfolgen. Auf einen Fall letzterer Art weist

Das Darlehen kann auch auf fremden Namen gegeben werden (D. 12, 1, 9, 8, oben S. 301); irrt der Empfänger dagegen über die Person des Gläubigers, so kommt kein Darlehnsvertrag zustande, und der Geber hat nur eine condictio sine causa auf Rückgabe des Empfangenen (condictio Iuventiana, S. 258[7]).

b. Darlehnsfähigkeit.

Die Fähigkeit, ein Darlehen zu gewähren und ein solches aufzunehmen (aktive und passive Darlehnsfähigkeit) setzt Verpflichtungsfähigkeit (S. 238) voraus. Die passive Darlehnsfähigkeit ist aber im rR. wegen der wirtschaftlichen Gefährlichkeit des Darlehns noch besonderen Beschränkungen unterworfen worden.

1. Volljährige Hauskinder[7]) waren nach rR. bis in die erste Kaiserzeit unbeschränkt verpflichtungs-, daher auch darlehnsfähig, ohne der Zustimmung ihres Gewalthabers zu bedürfen. Durch ein unter Vespasian — infolge eines Einzelfalls[8]), also wie man heute sagen würde, als „Gelegenheits-

---

ABGB. § 959 hin. — Die Abrede, daß der Schuldner Privatschuldscheine oder Waren zu einem bestimmten Schätzungswert übernehmen und daß dieser Schätzungswert als Darlehensbetrag geschuldet sein sollte, ist durch ABGB. § 991 verboten. Der Schuldner ist in einem solchen Falle nur verpflichtet, entweder den Schuldschein oder die empfangenen Waren unbeschädigt zurück zu stellen oder den Gläubigern den Schaden zu ersetzen. Dagegen ist auch nach österr. Recht ein contractus mohatrae gültig.

[7]) Auch minderjährige geschlechtsreife Hauskinder waren an sich, wenn sie keinen Kurator hatten (S. 243), passiv darlehnsfähig; wegen der dem Gläubiger drohenden in integrum restitutio trat jedoch für sie das Bedürfnis einer Sondervorschrift nicht hervor.

[8]) Der von Wucherern mit Schuldhaft (S. 174) bedrohte Hausſohn Macedo soll seinen Vater ermordet haben; vgl. D. 14, 6, 1, pr. Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: „Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur,

gesetz" — erlassenes SC. Macedonianum wurde jedoch bestimmt, daß durch Hingabe eines Darlehns an ein selbst volljähriges Hauskind nur eine Naturalobligation (S. 436) entstehen sollte, dergestalt, daß das freiwillig Gezahlte zwar nicht zurückgefordert, anderseits aber die Rückzahlung des Darlehns auf dem Prozeßwege nicht erzwungen werden sollte. Vielmehr sollte das auf Rückzahlung verklagte Hauskind (ebenso auch sein Erbe, D. 14, 6, 7, 10, und sein Bürge, falls er ein Regreßrecht gegen das Kind hat, D. 14, 6, 9, 3) der Klage eine exceptio SC. Macedoniani entgegenstellen dürfen und zwar selbst dann, wenn es erst verklagt wurde, nachdem es hausunabhängig (sui iuris) geworden war. Doch bezog sich das SC. Macedonianum nur auf Darlehen in barem Geld, es sei denn, daß „in fraudem legis" ein contractus mohatrae geschlossen war (D. 14, 6, 7, 3), nicht auf sonstiges Kreditieren (D. 14, 6, 3, 3), und war auch bei Gelddarlehen unanwendbar („cessat SC."):

*α.* bei — auch nur stillschweigender — vorheriger (l. 7 § 15, ll. 12, 16 D. 14, 6) oder nachträglicher (C. 4, 28, 7, pr.) Einwilligung des pater familias;

*β.* bei Aufnahme oder Verwendung des Darlehns zum Vorteile des Vaters (versio in rem patris), zB. wenn der Vater seinem auswärts studierenden Sohne den „Wechsel" nicht rechtzeitig schickte (l. 7 § 12—15, l. 17, D. 14, 6);

*γ.* wenn der Darlehnsgläubiger das Hauskind aus entschuldbarem Irrtum für sui iuris hielt (l. 3, pr., l. 19 D. 14, 6);

*δ.* wenn der Darlehnsempfänger ein peculium castrense oder quasi castrense (S. 158) hatte, soweit dieses reichte (l. 1 § 3, l. 2 D. 14, 6), oder wenn er Soldat war (C. 4, 28, 7, 1);

---

ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri". D. 14, 6: De SC. Macedoniano; C. 4, 28: Ad SC. Macedonianum.

Schon Claudius „lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias fiiliis familiarum fenori darent" (Tacitus ann. 11, 13).

ε. wenn der Gläubiger minderjährig war (ut magis aetatis ratio quam SCti habeatur, D. 4, 4, 11, 7), es sei denn, daß auch der Darlehnsempfänger minderjährig war (dann heißt es in D. 4, 4, 34, pr.: melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is qui accepit);

ζ. wenn das Hauskind, nachdem es sui iuris geworden, die Darlehnsschuld ausdrücklich oder stillschweigend (zB. durch teilweise Rückzahlung) anerkannte (C. 4, 28, 2).[9])

2. Nach D. 12, 1, 27 und Nov. 120, 6, 3 haften juristische Personen öffentlichen Rechts (Stadtgemeinden, Kirchen) aus den von ihren Vorstehern aufgenommenen Darlehen nur, wenn das Geld nachweislich für die juristischen Personen verwendet ist; „aloquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur".

c. Verpflichtungen aus dem Darlehnsvertrag.

1. Das mutuum ist ein streng einseitig verpflichtender, dem freien Ermessen des Magistrats und des iudex entzogener Vertrag (contractus stricti iuris, S. 355), aus dem lediglich eine genau abgegrenzte Verpflichtung des Darlehnsempfängers entsteht, nämlich die auf Rückgabe des Empfangenen. Diese Verpflichtung wird vom Darleiher mit einer condictio geltend gemacht, welche bei Gelddarlehen als condictio certi (in C. 7, 35, 5 „actio mutui" genannt), bei Darlehen in anderen vertretbaren Sachen als condictio triticaria bezeichnet wird (von triticum, Getreide, dem Hauptgegenstande der Darlehnsverträge, abgesehen von Geld). Wegen der strikten Natur der condictio certi[10]) kann mit

[9]) Die Vorschriften des SC. Macedonianum sind in das Gemeine Recht übergegangen, nicht aber in das ABGB.

[10]) Bei der condictio triticaria (S. 355[14]) hatte der iudex wegen der erforderlichen Schätzung in Geld allerdings die Möglichkeit einer gewissen Berücksichtigung des Interesses. Beim Gelddarlehen (condictio certi) war in klassischer Zeit der auf Rückzahlung Belangte, der es bis zum Urteile kommen ließ, an Stelle der ihm nicht zuzusprechenden Verzugszinsen, zu einer Strafe in Höhe von $^1/_3$ der Klagesumme zu verurteilen (G. 4, 171). — Auch nach ABGB. hat der Darleiher nur dann Zinsen zu fordern, wenn er sich sie ausbedungen hat.

dieser nur die Rückgabe der hingegebenen Summe selbst erreicht werden. Soll aber das Darlehen verzinslich sein, so muß diese Verpflichtung in eine besondere Stipulation gekleidet werden, um klagbar zu sein. Ebensowenig kann die condictio certi auf Verzugszinsen gehen (S. 356[14]).

2. Leugnet der auf Rückgabe Verklagte den Empfang des Darlehens, so hat der Kläger die Hingabe (als rechtsbegründende Tatsache) zu beweisen. Gibt der Beklagte dagegen den Empfang zu, behauptet aber die Rückzahlung, so hat er diese (als rechtsvernichtende Tatsache) zu erweisen (S. 360). Zum Beweis der Darlehnshingabe läßt sich der Darleiher vom Empfänger eine cautio (Darlehnsschuldschein, ABGB. § 1001), zum Beweise der Darlehnsrückgabe der Empfänger vom Darleiher eine apocha (Quittung) ausstellen. Über die herausgeschobene Beweiskraft dieser Urkunden im rR. und die Beseitigung dieser Beschränkungen im modernen Rechte vgl. oben S. 445[10].

3. Die Rückforderung und Rückgabe des Darlehens kann mangels einer ausdrücklichen oder stillschweigenden[11]) Abrede jederzeit erfolgen (quod sine die debetur, statim debetur).

### d. Das Seedarlehen.

Foenus nauticum, pecunia traiecticia[12]) ist ein dem griechischen Recht entstammendes, im Seeverkehr übliches Darlehnsgeschäft mit folgenden Eigentümlichkeiten:

1. Das Darlehen wird gegeben auf eine bestimmte Seereise eines Fahrzeugs, entweder zwecks Anschaffung von Waren zur Ein- oder Ausfuhr oder zwecks einer Reparatur des Schiffs, in allen Fällen aber mit der Bestimmung, daß die Rückzahlung des Darlehens nur bei glücklicher Ankunft

---

[11]) Vgl. zB. D. 2, 14, 57, pr.: Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.

[12]) So genannt, weil ursprünglich das Seedarlehen für den Import bestimmt war, wobei das geliehene Geld nach dem Hafen versendet wurde, in dem die zur Einfuhr bestimmten Waren verladen werden sollten. D. 22, 2, C. 4, 33: De nautico faenore.

des Schiffs im Bestimmungshafen erfolgen solle (D. 22, 2, 1).

2. Da hiernach der Darlehnsgeber die Gefahr der Seereise trägt, so ist das Seedarlehen von den gesetzlichen Zinsbeschränkungen (S. 408) ursprünglich gänzlich befreit. Justinian bestimmte das erlaubte Zinsenhöchstmaß auf 12% (C. 4, 32, 26, 2).[13])

## Dienstvertrag.

### § 94. Locatio conductio operarum.

#### a. Begriff und Abschluß.

1. Locatio conductio operarum, nach rR. eine Unterart der locatio conductio, welche alle Verträge auf Umsatz von Gebrauchsgewährung gegen Vergütung umfaßte (S. 540), ist Umsatz von eigenen oder fremden[1]) Diensten gegen Geld (ABGB. § 1151).[2])

---

[13]) Aus dem Seedarlehen hat sich die moderne Bodmerei (HGB. Art. 271) entwickelt, die sich jedoch vom foenus nauticum darin unterscheidet, daß:

a. der Gläubiger bei der Bodmerei ein Pfandrecht an Schiff, Fracht oder Ladung erhält, während das foenus nauticum nur eine persönliche Verpflichtung des Empfängers begründete, aber anderseits

b. der Bodmereigläubiger auf die Befriedigung aus den verbodmeten Gegenständen angewiesen ist, während beim foenus nauticum der Darlehnsnehmer nach glücklicher Ankunft des Schiffs am Bestimmungshafen auf Rückzahlung des Darlehns auch persönlich verhaftet war.

[1]) Die Vermietung der Dienste eines Sklaven wird von den Römern als Miete des Sklaven selbst (l. c. rei) aufgefaßt, die Vermietung der Dienste eines Freigelassenen dagegen als l. c. operarum (D. 38, 1, 35).

Die Dienstmiete hatte in Rom eine verschwindende Bedeutung, da die Verdingung zum Dienst eines Anderen als eines freien Mannes unwürdig angesehen wurde. Zur Verrichtung von Diensten (operae illiberales) wurden regelmäßig nur Sklaven oder Freigelassene (operae fabriles, S. 172) verwendet. Die Quellen behandeln die l. c. operarum daher sehr dürftig. Heute ist diese Anschauung völlig aufgegeben. Neben Kaufvertrag und Miete ist der Dienstvertrag das wichtigste Verkehrsgeschäft, daß in den verschiedensten Gestalten vor-

2. Gegenstand einer locatio conductio operarum waren nach rR. nur sog. operae illiberales (daher „locari solitae"), d. h. Dienste niederer Art. Nur bei ihnen konnte daher der Dienstverpflichtete (locator operarum) die Vergütung mit der actio locati einklagen. Dagegen galt ein Vertrag auf Leistungen von operae liberales (so auf die Erteilung von Unterricht, besonders von Rechtsunterricht, auf Leistung der Dienste eines Arztes, einer Hebamme, eines Advokaten, eines Mäklers und Feldmessers) nicht als locatio conductio, d. h. nicht als Konsensualkontrakt, sondern als nudum pactum (S. 455), und der Dienstverpflichtete konnte daher die versprochene Vergütung nicht einklagen, wenn sie ihm nicht in Stipulationsform versprochen war. Erst im Wege der extraordinaria cognitio (S. 160) wurde die Vergütung (als honorarium oder salarium, „Ehrensold", nicht als merces, wie bei der locatio conductio operarum) klagbar (D. 50, 13), und es wurden ferner die Verträge über Umsatz gewisser Dienste gegen Geld als Innominatkontrakte (S. 753) behandelt (D. 19, 5, 22), d. h. es wurde nach Leistung der Dienste eine actio praescriptis verbis gewährt, so insbesondere auf den Mäklerlohn (proxeneticum, D. 50, 14, unten § 96) und auf die für Emp-

---

kommt, von denen mehrere besonders gesetzlich geordnet sind, so die Dienstverträge der Handlungsgehilfen im HGB. Art. 57—65; des Gewerberechts in der Gewerbeordnung (Kais. Patent vom 20. Dezember 1859, abgeändert durch Gesetz vom 15. März 1883); der Gesindedienstvertrag in den landesfürstlichen Dienstbotenordnungen (zB. für Wien und dessen Polizeirayon vom 1. Mai 1810); der Staatsdienstvertrag durch reichs- und landesrechtliche Vorschriften meist öffentlich-rechtlicher Natur.

[2]) Das ABGB. behandelt den Dienstvertrag zusammen mit dem Werkvertrag (unten § 95) im 26. Hauptstücke. Ohne für beide die nämlichen Regeln aufzustellen, vereinigt sie sie unter dem Namen „Lohnvertrag". — Besteht die Gegenleistung des conductor nicht in der Verpflichtung zur Zahlung einer Geldsumme, so liegt nicht eine l. c. operarum, sondern ein Innominatkontrakt (facio ut des oder ut facias) vor. Vgl. ABGB. § 1173. Verpflichtet sich jemand zu einer unentgeltlichen Dienstleistung, so ist dies kein Dienstvertrag, sondern Schenkung und wenn die Dienstleistung in einer Geschäftsbesorgung besteht, Auftrag (unten § 98).

fehlung eines Bittgesuchs versprochene Leistung (sog. contractus suffragii).[3])

3. Die locatio conductio operarum bedarf als Konsensualkontrakt (S. 454) keiner Abschlußform. Das nämliche gilt für das ABGB.

b. Inhalt des Dienstvertrags.

1. Beide Vertragsteile haften einander, da es sich um einen entgeltlichen Vertrag handelt (S. 424), für dolus und culpa. Als schuldhaftes Handeln des locator (Bestellten, Dienstübernehmers) gilt es schon, wenn er Leistungen übernimmt, zu deren sachgemäßer Ausführung ihm die Kenntnisse und Fähigkeiten abgehen (D. 19, 2, 9, 5: Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam scripsit; vgl. D. 9, 2, 27, 29).

2. Der locator (Dienstpflichtige) muß die übernommenen Dienste grundsätzlich persönlich leisten (ebenso ABGB. § 1161); der conductor (Besteller, Dienstberechtigte) braucht sie also nicht von einem Vertreter anzunehmen, wenn diese Weigerung nach der Art der Dienstleistungen

---

[3]) Nicht klagbar waren die Honorare der Professoren der Philosophie (D. 50, 13, 1, 4: quia hoc primum profiteri eos oportet mercennariam operam spernere) und der Rechtswissenschaft (D. 50, 13, 1, 5: est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, dum in iudicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit. quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur). Besonderes galt hinsichtlich der Dienste der Feldmesser. Der agrimensor wurde ursprünglich überhaupt nicht als in einem Vertragsverhältnisse stehend betrachtet, daher sollte er auch nur wegen dolus und, weil lata culpa plane dolo comparabitur (D. 11, 6, 1, 1), auch wegen lata culpa verantwortlich gemacht werden können (mit einer acto adversus eum qui falsum modum dixerit, D. 11, 6). Merkwürdigerweise wurden künstlerische Arbeiten als operae illiberales behandelt (vgl. zB. D. 19, 5, 5, 2, D. 50, 13, 1, 7), die Dienste der Ammen als operae liberales (D. 50, 13, 1, 14).

Gemeinrechtlich war die volle Klagbarkeit der Dienstverträge auf operae liberales unstreitig. Dies gilt auch für ABGB. § 1163, insofern hierüber keine besonderen Vorschriften bestehen.

nicht der bona fides widersprechen würde (zB. bei einem Vertrage auf Holzhacken). Dagegen ist die Zuziehung von Gehilfen grundsätzlich zulässig. Hinsichtlich der Haftung für Vertreter und Gehilfen ist zu unterscheiden:

*α.* Widerspricht ihre Zuziehung dem Vertrage, so haftet der locator für deren Handlungen, gleichgültig ob diese Personen selbst ein Verschulden trifft oder nicht, ohne weiteres, da er dann schon durch die Zuziehung schuldhaft handelt.

*β.* Ist dagegen die Zuziehung an sich zulässig, so haftet er für ihre schuldhaften Handlungen nur dann, wenn ihn eine culpa in eligendo oder in custodiendo trifft, d. h. wenn er bei ihrer Auswahl oder Beaufsichtigung schuldhaft handelt. Ebenso ABGB. § 1161.

3. Wie bei der l. c. rei, so gilt auch bei der l. c. operarum der Satz: „periculum est locatoris" (S. 462[2]), d. h. der locator erhält grundsätzlich die bedungene Vergütung nur für die Dienste, die er leistet. Wird ihm die Leistung durch einen Zufall unmöglich, so erhält er auch keine Vergütung; anders natürlich, wenn die Unmöglichkeit auf einem vom conductor zu vertretenden Umstande (zB. seinem Verzuge bei Annahme der Dienste) beruht: dann muß der conductor den Lohn zahlen und kann hierauf nur in Abrechnung bringen, was der locator infolge der Nichtleistung der Dienste erspart oder anderweit verdient oder böswillig zu verdienen unterlassen hat (vgl. ABGB. §§ 1155 und 1160).[4])

4. Der Arbeitgeber macht seine Ansprüche mit der actio conducti, der Arbeitnehmer die seinen mit der actio locati geltend.

---

[4]) Vgl. D. 19, 2, 38, pr.: Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet; vgl. D. 19, 2, 19, 9.

# Werkvertrag.

## § 95. Locatio conductio operis.

### a. Begriff und Abschluß.

1. Locatio conductio operis (S. 540, Werkvertrag) ist der Vertrag, durch welchen sich ein Unternehmer (conductor oder redemptor operis) einem Anderen (locator operis)[1]) gegenüber zur Herstellung eines Werkes gegen Bezahlung in Geld[2]) verpflichtet.

2. Nach dieser Begriffsbestimmung unterscheidet sich der Werkvertrag vom Dienstvertrag dadurch, daß bei diesem das Leisten von Diensten, beim Werkvertrag die Erzielung eines Erfolges Vertragsgegenstand ist[3]). Was seine Unter-

---

[1]) Über das ABGB. vgl. S. 562[2]. — Der die Arbeiten Ausführende ist also bei der l. c. operarum der locator (er verdingt seine Arbeitskraft), bei der l. c. operis der conductor (er dingt die Herstellung des Werks); der die Arbeiten Vergebende ist bei der l. c. operarum der conductor (er dingt den Arbeiter), bei der l. c. operis der locator (er verdingt die Herstellung des Werks). Der Arbeiter hat also bei der l. c. operarum die actio locati, bei der l. c. operis die actio conducti; der Arbeitgeber hat bei der l. c. operarum die actio conducti, bei der l. c. operis die actio locati; vgl. oben S. 539[2].

[2]) Besteht die Vergütung in einer anderen Sache oder in einer Dienstleistung, so liegt ein Innominatkontrakt, keine l. c. vor. Vgl. ABGB. § 1173. Ist überhaupt keine Vergütung zu leisten, so ist das Geschäft nicht als Werkvertrag, sondern als Schenkung, und wenn es sich um eine Geschäftsbesorgung handelt, als Auftrag zu behandeln.

[3]) Nehme ich also einen Maurer an, der mir eine Gartenmauer errichten soll, so liegt Dienstvertrag vor, wenn er unter meiner Aufsicht gegen einen Stundenlohn daran arbeiten soll, Werkvertrag, wenn er die Herstellung der Mauer nach der genehmigten Bauzeichnung für einen Gesamtpreis übernimmt. Ebenso liegt Dienstvertrag vor, wenn Frau A in ihrer Wohnung von der Schneiderin B gegen Tagelohn ein Kleid herstellen läßt, Werkvertrag, wenn der B die Herstellung des Kleides in der eigenen Wohnung für einen Gesamtpreis übertragen ist. Hierbei liegt das Unterscheidungsmerkmal jedoch nicht in der Art der Bezahlung; denn zahlreiche Dienstverträge werden derart abgeschlossen, daß der Arbeiter nicht nach der Zeit, sondern nach dem Stück bezahlt wird (sog. Akkordarbeit) und umgekehrt kann beim Werkvertrag die

scheidung vom Kauf angeht, so sehen die Quellen ausschließlich darauf, ob der Unternehmer auch das Material zu liefern, also ein Werk aus eigenem Material herzustellen hat, dann behandeln sie das Geschäft als Kauf (emptio rei speratae, S. 513); oder ob der Besteller das Material hergibt, dann nehmen sie l. c. operis an[4]).

---

Vergütung sowohl in einem Gesamtpreise (opus, quod aversione locatum est, D. 19, 2, 36) bestehen, als auch nach Maß, Gewicht oder Zeit bestimmt sein (vgl. S. 568[7]). Vielmehr ist maßgebend, ob der Arbeiter nur — nach Anweisung des Arbeitgebers — Dienste zu leisten hat, also auch nur dafür einsteht, daß diese vertragsmäßig geleistet werden, nicht aber dafür, daß sie den vom Arbeitgeber erwarteten Erfolg haben; oder ob er nur durch fertige Herstellung des vertragsmäßigen Werkes seiner Leistungspflicht genügt und nur dadurch den Anspruch auf die Vergütung erwirbt. Es ist also nicht darauf zu sehen, was der Besteller (locator), sondern auf das, was der Unternehmer (conductor) zu leisten hat. Vgl. D. 19, 2, 51, 1: Locavi opus faciendum ita, ut pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem: opus vitiosum factum est: an ex locato agere possim? respondit: si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore adprobaretur, tametsi convenit, ut in singulas operas certa pecunia daretur, praestari tamen tibi a conductore debet, si id opus vitiosum factum est: non enim quicquam interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit. poterit itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit. nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur.

Während die locatio conductio operarum in Rom selten war (S. 561[1]) und daher in den Quellen nur sehr wenig behandelt wird, war die locatio conductio operis ein sehr gewöhnliches Geschäft. Behandelt sind in den Quellen z.B.: Hingabe von Rohmaterial zur Herstellung von Gegenständen (D. 19, 2, 2, 1), Übernahme eines Transports (onus vehendum, D. 19, 2, 13, 1, columna transportanda, D. 19, 2, 25, 7) oder einer Arbeitsleistung (gemma includenda aut insculpenda, insula — Mietskaserne — aedificanda, vestimenta polienda, l. 13 §§ 5, 6, l. 22 § 2, D. 19, 2).

[4]) So entschied Justinian im I. 3, 24, 4 und D. 19, 2, 2, 1 eine bisherige Streitfrage; vgl. I. 3, 24, 4: „Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conduc-

3. Die l. c. operis bedarf als Konsensualvertrag zur Klagbarkeit keiner Abschlußform.

b. Inhalt des Werkvertrags.

1. Der Unternehmer (conductor) ist verpflichtet: das Werk in der bedungenen oder vorausgesetzten Beschaffenheit rechtzeitig herzustellen (vgl. ABGB. § 1154). Abweichend vom Dienstvertrag ist er zu persönlicher Arbeit grundsätzlich (wohl aber zB. bei Übertragung eines Porträts) nicht verpflichtet (D. 19, 2, 48, pr., anders nach § 1161 ABGB.). Er haftet jedoch ohne weiteres für Vertreter und Gehilfen (oben S. 426). Bei mangelhafter Lieferung hat der Besteller (anders beim Kauf, S. 523) ein Recht auf Nachbesserung; erfolgt diese nicht in angemessener Frist, so kann der Besteller vom Vertrage zurücktreten oder Preis-

---

tio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem. sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. quodsi suum aurum Titius dederit mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit." Lieferte der Unternehmer jedoch nicht den Hauptteil, so wurde dadurch die Auffassung des Vertrags als Werkvertrag nicht beeinträchtigt: so wurde insbesondere die Herstellung eines Bauwerks auf einem Grund und Boden, der entweder dem Besteller gehört oder doch von ihm besorgt wird, stets als Werkverdingung angesehen; vgl. D. 18, 1, 20: Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emptionem videri, nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret: aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur.

Das ABGB. § 1158 hat das Unterscheidungsmerkmal des rR. beibehalten. Der Vertrag gilt im Zweifel als Werkvertrag, wenn der Besteller den Stoff beigestellt hat, als Kaufvertrag, wenn der Arbeiter den Stoff geliefert hat. Hat jedoch der Arbeiter bloß Zutaten und sonstige Nebensachen beschafft (zB. Futter und Knöpfe zu dem von dem Besteller gelieferten Stoff, aus dem der Unternehmer einen Anzug herstellen soll), dann gilt der Vertrag als Werkvertrag.

Die Unterscheidung ist von Bedeutung namentlich wegen des Gefahrüberganges (§§ 1048—1051 und 1157), dann wegen der Gewährleistung (§§ 922—933, 1153 und 1154).

minderung verlangen, bei einem Verschulden des Übernehmers darüber hinaus auch Schadensersatz beanspruchen[5]).

2. Der Besteller (locator) ist verpflichtet:

α. das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen[6]);

β. den bedungenen Preis zu zahlen, und zwar regelmäßig nach Vollendung und Abnahme des ganzen Werks (vgl. jedoch D. 19, 2, 36, unten Anm. 7 und ABGB. § 1156).

3. Hinsichtlich des Übergangs der Gefahr gilt der alle gegenseitigen Verträge (mit Ausnahme des Kaufs nach rR., S. 462[2]) beherrschende Grundsatz, daß der Unternehmer nur das bezahlt bekommt, was er vertragsmäßig abliefert. Bis zur Abnahme (der die schuldhafte Nichtabnahme gleichsteht, D. 19, 2, 36, unten Anm. 7) trägt also der Unternehmer die Gefahr (betreffs seiner Leistung, nicht etwa des ihm vom Besteller übergebenen Materials; infolge der Umkehrung der Bezeichnungen, S. 565[1] gilt hier also der Grundsatz: periculum est conductoris). Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos. Vielmehr erhält der Unternehmer die Vergütung ganz oder teilweise, wenn das Werk untergeht:

α. infolge der Fehlerhaftigkeit des vom Besteller gelieferten Materials, D. 19, 2, 62, vgl. aber D. 19, 2, 60, 3;

β. ohne Schuld des Unternehmers, sofern es bereits fertig und abnahmefähig ist[7]).

---

[5]) Nach ABGB. §§ 1153 ff. ist der Besteller befugt, bei wesentlichen Mängeln, die das Werk zum Gebrauch untauglich machen, oder die der ausdrücklichen Bedingung zuwiderlaufen, nach seiner Wahl vom Vertrage abzugehen oder Verbesserung oder Schadloshaltung zu verlangen; bei anderen Mängeln kommen dem Besteller nur die letzterwähnten Befugnisse zu.

[6]) Vgl. D. 19, 2, 24, pr.

[7]) Vgl. D. 19, 2, 37: Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet. Ferner D. 19, 2, 36: Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris

c. Besondere Fälle des Werkvertrags.

1. Bei einem Werkvertrag mit Kostenanschlag kann der Besteller unter teilweiser Vergütung für das Geleistete vom Werkvertrage zurücktreten, wenn der Kostenanschlag erheblich überschritten werden würde (D. 19, 2, 60, 4).

2. Locatio conductio operis irregularis liegt vor, wenn nach dem Vertrage das herzustellende Werk nicht aus dem vom Besteller gelieferten, sondern aus anderem gleichartigen Material hergestellt werden kann. Dann wird der Unternehmer Eigentümer des ihm übergebenen Stoffes und trägt natürlich auch dessen Gefahr[8]).

---

periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admediatur. si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.

Nach ABGB. §§ 1155, 1157, 1160 trägt der Werkmeister die Gefahr seiner zufälligen Arbeitsunfähigkeit, d. h. er verliert den Anspruch auf den Lohn; anderseits trägt der Besteller die Gefahr seiner zufälligen Verhinderung, d. h. er muß den Arbeiter angemessen entschädigen; wird die Arbeit zufällig unterbrochen, so ist kein Teil verantwortlich. Die Gefahr des zufälligen Untergangs des vorbereiteten Stoffes trägt der Eigentümer desselben, also regelmäßig der Besteller; er büßt aber nicht bloß den Stoff ein, sondern muß auch den bereits — ganz oder teilweise — verdienten Lohn zahlen. Doch ist der Arbeiter für den Schaden verantwortlich, wenn der Besteller einen offenbar untauglichen Stoff geliefert hat und der Arbeiter ihn nicht gewarnt hat. Vgl. Stubenrauch zu ABGB. §§ 1155 und 1157.

[8]) Ebenso, wenn dem Frachtführer beim Transport gleichartiger, vertretbarer Sachen die Vermengung gestattet ist. Vgl. die berühmte l. 31 D. 19, 2 (Alfenus): In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perieret: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum — geschmolzenes reines Silber — fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset,

3. **Trödelvertrag** nennt man einen Vertrag, nach welchem der zur Verfügung über eine Sache Berechtigte diese einem Anderen (dem Trödler) unter einer Taxe, aestimatio, zum Verkauf übergibt, mit der Vereinbarung, daß der Trödler entweder die Sache zurückgeben oder die Taxe zahlen soll.

Da der Trödelvertrag Begriffsmerkmale verschiedener Vertragstypen aufweist, wurde er vom rR. als eigen gearteter Vertrag (contractus aestimatorius) behandelt, der Klasse der Innominatkontrakte unterstellt (so daß er also erst mit der Hingabe der Sache bindend wurde, S. 453) und mit einer besonderen actio praescriptis verbis nach der Formel „do ut reddas aut rem aut aestimationem" ausgerüstet (actio de aestimato, D. 19, 3).[9])

---

ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset nisi tantundem pecuniae solveret. secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. quod si separatim tabulis aut heronibus (Körben) aut in alia cupa (Tonne) clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset, quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare.

[9]) D. 19, 3, 1, pr.: Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. melius itaque visum est hanc actionem proponi; quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem. Streitig ist, mit welchem Augenblicke die Gefahr auf den Trödler übergeht. Nach D. 19, 3, 1, 1 geht die Gefahr sogleich mit der Übergabe über (Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit), während dies nach D. 19, 5, 17, 1 nur eintreten soll, falls der Trödler den Verkauf in seinem Interesse und aus eigenem Antrieb übernommen hatte. Das ABGB. kennt den Trödelvertrag unter dem Namen „Verkaufsauftrag" und behandelt ihn im 24. Hauptstücke vom Kauf in den §§ 1086—1088. Auch nach ABGB. ist der Trödelvertrag

4. Als Werkvertrag gilt auch das Beförderungsgeschäft, die Übernahme einer Beförderung von Personen oder Sachen auf dem Lande (HGB. Art. 272 Z. 3) oder zur See (HGB. Art. 271 Z. 4). Für das Seefrachtgeschäft entnahmen die Römer dem rhodischen Seerechte die sog. lex Rhodia de iactu (D. 14, 2). Danach haben Reeder und Ladungsinteressenten eine von dem Schiffer zur Rettung aus Seenot dem Schiff oder der Ladung (zB. durch Auswerfen der Ladung, daher der Name, oder durch Kappen der Maste) vorsätzlich zugefügte Beschädigung gemeinsam zu tragen[10]).

## Mäklervertrag.

### § 96. Mäklervertrag.

Mäkler (proxeneta) ist, wer gegen Entgelt (Mäklerlohn, proxeneticum) die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags nachweist oder einen Vertrag vermittelt (nicht abschließt, wie der Vertreter, S. 299). Der Mäklervertrag ist ein nudum pactum, also an sich nicht klagbar; in der Kaiserzeit wurde jedoch der Mäklerlohn im Wege der extraordinaria cognitio klagbar (D. 50, 14: De proxeneticis).[1])

---

Realkontrakt. Sein Begriff ist aber beschränkt: a. auf bewegliche Sachen; b. auf Fälle, in denen dem Trödler eine gewisse Frist gestellt wird. Natürlich muß auch ein Minimalpreis fixiert sein. Fehlt eines dieser Merkmale, liegt kein Trödelvertrag, sondern ein Mandat vor.

[10]) D. 14, 2, 1: Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est; heute große oder gemeinschaftliche Haverei genannt, im Gegensatze zu der kleinen Haverei (d. h. den den Frachtunternehmer treffenden Schiffahrtskosten) und der besonderen (partikulären) Haverei, d. h. dem dem Schiff oder der Ladung eines einzelnen Interessenten zufällig zustoßenden, von dem Betroffenen allein zu tragenden Schaden. Über die Verteilung des Schadens in Rom vgl. D. 14, 2, 2, pr. Heute wird bei der großen Haverei der durch „Verklarung" festgestellte Schaden im Wege der „Dispache" auf die Beteiligten verteilt; vgl. ABGB. § 1043.

[1]) Im ABGB. ist der Mäklervertrag nicht besonders behandelt; es ist streitig, inwieweit die Vorschriften über den Lohnvertrag auf ihn

## Auslobung.

### § 97. Auslobung.

Auslobung ist die durch öffentliche Bekanntmachung erfolgte Aussetzung einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolgs (Ermittlung eines Verbrechens, Eroberung der ersten Kanone im Krieg, Entdeckung eines Heilmittels, Lösung einer Preisaufgabe).

Dem rR. war die Auslobung zwar bekannt[1]). Da das rR. jedoch dem einseitigen Versprechen — von pollicitatio und votum abgesehen, S. 282 — keine verbindliche Kraft beilegte, so wurde durch die Auslobung eine klagbare Verpflichtung nicht begründet[2]).

## Auftrag.

### § 98. Mandatum.

a. Begriff.

Auftrag (mandatum)[1]) ist die Übertragung und Übernahme der unentgeltlichen Besorgung eines Geschäfts. Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich:

1. Der Auftrag ist ein contractus bilateralis inae-

---

Anwendung zu finden haben. Besondere Vorschriften gelten für die Handelsmäkler (HGB. Art. 66—84).

[1]) Ein in Pompeji gefundenes Sklavenhalsband trägt zB. die Inschrift: Fugi. tene me, quum revocaveris me domino meo Zosino, accipis solidum.

[2]) Erst das Gem. Recht erkannte unter dem Einflusse deutschrechtlicher Anschauungen die bindende Kraft des öffentlichen Versprechens an, wobei es streitig war, ob diese auf einer Offerte in incertam personam (sog. Vertragstheorie) oder auf der Verpflichtungskraft des einseitigen Versprechens beruht (sog. Pollizitationstheorie). Nach ABGB. muß ersteres angenommen werden.

[1]) I. 3, 26: De mandato; D. 17, 1, C. 4, 35: Mandato vel contra.

qualis (S. 232), also ein zweiseitiger, aber kein gegenseitiger Vertrag. Denn begrifflich ist nur der eine Teil (der Beauftragte, Mandatar, Gewalt- oder Machthaber, in den Quellen procurator, nicht mandatarius) notwendig zu einer Leistung verpflichtet, nämlich zur Ausführung des übernommenen Auftrags, während der andere Teil (Auftraggeber, Mandant, Gewalt- oder Machtgeber, in den Quellen mandans, mandator) zu einer Gegenleistung (Erstattung von Auslagen usw., S. 576) zwar verpflichtet sein kann, ohne daß dies jedoch zum Begriffe des Mandats gehört.

2. Durch den Auftrag erhält der Beauftragte die Befugnis, für den Auftraggeber ein Geschäft zu besorgen, sei es tatsächlicher Art, (Abholung einer Sache, Fütterung eines Tiers, Schreiben eines Briefs, vgl. I. 3, 26, 13: si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcienda nulla mercede constituta neque promissa) oder rechtlicher Natur (Einkauf, Verkauf, Prozeßführung).[2]) Diese Befugnis besteht aber begrifflich nur dem Auftraggeber gegenüber, d. h. dieser muß das auftragsgemäß ausgeführte Geschäft als für seine Rechnung ausgeführt gelten lassen. Eine ganz andere Frage ist, ob der mit einer Rechtsbesorgung Beauftragte befugt ist, namens des Auftraggebers einem Dritten gegenüber zu handeln, m. a. W. ob in dem Auftrag eine Vollmacht liegt. Begrifflich sind, wie S. 307[7] dargelegt, Auftrag und Vollmacht streng voneinander zu sondern. Der Auftrag zu einer Rechtsbesorgung kann eine Vollmacht enthalten, aber dies ist durchaus nicht immer der Fall, zB. wenn der mit einem Einkauf Beauftragte im eigenen Namen handeln soll (Einkaufskommissionär).[3]) Anderseits beruht

---

[2]) Nur muß das Geschäft erlaubt sein; I. 3, 26, 7. — Für das österr. Recht sind nur Geschäfte rechtlicher Natur Gegenstand des Mandates.

[3]) Die im Texte gebrauchte Terminologie ist nicht die des ABGB. Dieses bezeichnet das Mandat überhaupt als Bevollmächtigungsvertrag und spricht auch dort von einer Vollmacht, wo nur von einem Auftrage die Rede ist. Das ABGB. § 1017 unterscheidet vielmehr zwischen geheimer und offener Vollmacht. Erstere liegt vor, wenn der Beauftragte nur zum Auftraggeber in einem Rechtsverhältnisse steht,

nicht jede Vertretungsbefugnis auf einem Auftrag, sondern zB. auf Gesetz (Vater, Vormund; vgl. ABGB. § 1034) oder auf einem Dienstvertrag (Handlungsbevollmächtigte). Auch das die Abtretung ermöglichende (S. 493) mandatum ad agendum gewährt eine Vollmacht, beruht aber nicht auf einem Auftrage.

3. Zum Begriffe des Auftrags gehört die Unentgeltlichkeit; die Übernahme einer Geschäftsbesorgung gegen Entgelt fällt unter den Begriff des Dienst- oder Werkvertrags[4]).

4. Ein Auftrag liegt nur vor, wenn der Beauftragte im Interesse des Auftraggebers handeln soll. Wird dagegen die Besorgung eines Geschäfts im ausschließlichen Interesse dessen, der es besorgen soll, übertragen, so liegt kein Auftrag, sondern Rat oder Empfehlung vor, wofür besondere Grundsätze gelten.

Die Römer unterscheiden das mandatum mea gratia (im Interesse des Auftraggebers), tua gratia (im Interesse des Beauftragten) und aliena gratia (im Inter-

---

wenn also nach der im Texte gebrauchten Terminologie nur ein Auftrag vorhanden ist; offene Vollmacht ist dann gegeben, wenn der Beauftragte befugt ist, auch dritten gegenüber im Namen des Auftraggebers zu handeln, was im Text als Vollmacht schlechthin bezeichnet ist.

[4]) Ebenso bestimmte D. 17, 1, 1, 4: Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces; interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.

Später trat jedoch eine Abschwächung ein. Stellte sich ein verabredetes Entgelt nicht als Bezahlung (merces), sondern als Ehrensold (honorarium) dar, dann wurde dadurch der Charakter des Geschäfts als Mandat nicht berührt. Das Honorar war aber nicht durch eine civilrechtliche Klage, sondern nur im Wege der extraordinaria cognitio einklagbar (D. 17, 1, 7, C. 4, 35, 1). Unter den Begriff des Mandats wurden dann auch die Dienstverträge über operae liberales gestellt (S. 562), weil bei diesen ebenfalls das Entgelt nicht als merces, sondern als honorarium aufgefaßt wurde.

Nach Gem. Recht ist die Unentgeltlichkeit kein Begriffsmerkmal des Mandats mehr; ebenso nicht nach ABGB. § 1002; doch gilt es im Zweifel als unentgeltlich (§ 1013). Der Unterschied zwischen Mandat und Dienstmiete liegt nach österr. Rechte darin, daß es sich beim Mandat um Geschäfte rechtlicher Natur handelt.

esse eines Dritten, D. 17, 1, 2). Eine klagbare Verpflichtung entsteht in den Fällen des mandatum tua gratia (des Rats und der Empfehlung) nur dann, wenn der Mandant entweder vertragsmäßig die Garantie für die Folgen der Beachtung des Rats übernommen hat (so ist D. 17, 1, 6, 5: „si non esses facturus, nisi ego mandassem" aufzufassen), also zB. bei Empfehlung eines Darlehnssuchers das „Delkredere"; d. h. das Einstehen für dessen Bonität, oder wenn der Ratgeber absichtlich einen schädlichen Rat erteilt hatte (D. 50, 17, 47, pr.. Consilii non fraudulenti nulla obligatio est: ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit).[5])

b. Inhalt des Auftrags.

1. Das Mandat wird als Konsensualvertrag nudo consensu geschlossen und klagbar. Ebenso nach ABGB. §§ 1002 u. 1005. Es ist, wie S. 572 bemerkt, ein contractus bilateralis inaequalis.

α. Begrifflich ist danach nur der Beauftragte verpflichtet, nämlich zur Ausführung des Auftrags in der vom Auftraggeber vorgeschriebenen Weise[6]) und zwar grundsätzlich persönlich. Hierzu gehört auch die Ablegung der Rechenschaft über die Ausführung des Auftrags und die Ablieferung der dem Auftraggeber gebührenden Gegenstände. Der Mandatar haftet, obgleich er kein Entgelt erhält, für omnis culpa (S. 425).[7])

---

[5]) Ähnlich ABGB. § 1300.

[6]) D. 17, 1, 5: Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt: nam qui excessit, aliud quid facere videtur et, si susceptum non impleverit, tenetur. Vgl. ABGB. § 1009.

Der Beauftragte muß den Auftrag ferner in der Regel persönlich ausführen und haftet, falls er einen Vertreter oder Gehilfen in unerlaubter Weise zuzieht, für deren Verschulden ohne weiteres (D. 11, 6, 2, 1, C. 4, 35, 21). Ist die Zuziehung nach dem Inhalt des Vertrags jedoch nicht verboten, so haftet er nur wegen culpa in eligendo oder in custodiendo (D. 3, 5, 20, 3). Ähnlich ABGB. § 1010.

[7]) D. 17, 1, 20, pr.: Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet,

Die Verpflichtungen des Mandatars macht der Auftraggeber mit der actio mandati directa geltend, welche ein bonae fidei iudicium ist (I. 4, 6, 28, D. 44, 7, 2, 3). Der hierauf verurteilte Mandatar verfällt der Infamie (S. 188).

β. Möglicherweise kann auch der Auftraggeber dem Beauftragten (mit der actio mandati contraria) zu Leistungen verpflichtet sein, nämlich zum Ersatze der notwendigen Auslagen (impensa bona fide facta, D. 17, 1, 27, 4, nach ABGB. § 1014 auch der nützlichen), sowie des Schadens, den der Beauftragte infolge Verschuldens (omnis culpa) des Auftraggebers bei Ausführung des Auftrags erleidet, nicht aber auch des zufälligen Schadens (D. 17, 1, 26, 6 und 7).[8])

2. Das Mandat beruht auf dem persönlichen Vertrauen des Mandanten zum Mandatar und bildet bei dem Fehlen eines Entgelts eine Gefälligkeit des Mandatars für den Mandanten. Daher ist es nach rR. an die Person gebunden und erlischt durch den Tod eines von beiden. Hat der Beauftragte jedoch das Geschäft in Unkenntnis des Todes des Auftraggebers fortgesetzt, so ist dies rechtswirksam; insoweit gilt also der Auftrag „utilitatis causa" als fortbestehend[9]). In Ausnahmefällen wird der Auftrag durch den Tod des Auftraggebers nicht beendet, nämlich wenn er mit auf die Erben („in heredes") gerichtet war oder ein Geschäft betrifft, das erst nach dem Tode des Auftraggebers ausführbar ist (zB. Errichtung eines Grabsteins, D. 17, 1, 12, 17 und 17, 1, 13).

---

si exigere faeneratam pecuniam non potuit; vgl. auch D. 3, 3, 46, 4; 17, 1, 10, 2 und 3 und ABGB. § 1012.

[8]) Vgl. hingegen ABGB. §§ 1014 und 1015. — Nach ABGB. kommt zu den Leistungen des Gewaltgebers unter Umständen auch die Leistung des Entgeltes.

[9]) D. 17, 1, 26, pr.: Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est: nam mandatum solvitur morte. si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Auch nach ABGB. erlischt das Mandat in der Regel sowohl durch den Tod des Gewaltgebers wie des Gewalthabers (§ 1022), bei juristischen Personen durch deren Erlöschen (§ 1023).

Das Mandat endet ferner durch Widerruf seitens des Auftraggebers (ebenso ABGB. § 1020)[10]) und durch Kündigung seitens des Beauftragten (ebenso ABGB. § 1021); doch macht ungegründeter Widerruf und unzeitige Kündigung schadensersatzpflichtig (D. 17, 1, 22, 11 und 17, 1, 23—25; ebenso ABGB. §§ 1020 und 1021).[11])

## Geschäftsführung ohne Auftrag.

### § 99. Negotiorum gestio.

a. Begriff.

1. Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio)[1]) liegt vor, wenn jemand (Geschäftsführer, negotiorum gestor) für einen Anderen (Geschäftsherr, dominus negotii) ein Geschäft besorgt, ohne von ihm

---

[10]) Extinctum est mandatum finita voluntate (D. 17, 1, 12, 16). Vgl. jedoch D. 17, 1, 15.

[11]) Über das mandatum qualificatum (Kreditauftrag), eine auf Auftrag beruhende Verbürgung, vgl. unten § 105 c. — Nach ABGB. § 1024 endigt auch der Ausbruch des Konkurses über den Auftraggeber oder den Beauftragten das Mandat. — Über die provisorische Fortführung der Geschäfte nach Auflösung des Vertragsverhältnisses durch Tod, Widerruf oder Aufkündigung und über die Wirkung der Vollmachtserlöschung gegenüber dritten vgl. ABGB. §§ 1025 und 1026.

[1]) D. 3, 5, C. 2, 18: De negotiis gestis. Vgl. D. 3, 5, 3, pr.: Ait praetor: „Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo". Das prätorische Edikt betraf, wie der umfassende Ausdruck „negotiorum gestio" zeigt, ursprünglich jede Geschäftsführung für andere, auch Auftrag und Vormundschaft. Erst nachdem diese Rechtsverhältnisse zu selbständigen Rechtsinstituten geworden waren und eigene Klagen (actio mandati und tutelae) erhalten hatten, beschränkte sich der Begriff der negotiorum gestio auf die Fälle der auftraglosen Geschäftsführung, die man dem Begriffe des „Quasikontrakts" (S. 395[3]) unterstellte, da einerseits mangels einer auf die Geschäftsbesorgung gerichteten Willensübereinstimmung zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer kein Vertrag, anderseits aber auch kein Delikt vorlag (I. 3, 27, 1).

beauftragt oder ihm gegenüber sonst (durch das Gesetz, zB. als Vater oder Ehemann, oder ein Amt, zB. Vormundschaft) dazu berechtigt zu sein. Das Geschäft kann auch hier (S. 573) tatsächlicher Natur (zB. Reparatur eines Hauses, Verpflegung eines zugelaufenen Tiers, Gewährung von Unterhalt an ein Familienmitglied des Geschäftsherrn) oder ein Rechtsakt (Ein- oder Verkauf, Zahlung, Prozeßführung) sein.

2. Der Normalfall der negotiorum gestio[2]) ist der, daß jemand wissentlich und absichtlich ein fremdes Geschäft auf Rechnung eines Anderen besorgt (sog. echte oder stellvertretende negotiorum gestio). Die Grundsätze der negotiorum gestio finden aber unter Umständen auch Anwendung, wenn jemand ein an sich nicht zu seinem Interessenkreise gehöriges Geschäft (negotium re ipsa aliena) nicht für einen Anderen, sondern für sich vornimmt (sog. unechte negotiorum gestio).[3])

*α.* Nimmt jemand ein fremdes Geschäft in der irrigen Meinung vor, es sei sein eigenes, so kommen die Grundsätze der negotiorum gestio zur Anwendung[4]).

*β.* Nimmt jemand ein Geschäft, wissend, daß es ein fremdes ist, für sich vor, so haftet er dem Geschäftsherrn nach dessen Wahl mit der actio negotiorum gestorum directa (S. 580) oder auch auf Wiederherstellung des Zustands vor seinem Eingriff, während der Geschäftsherr nur auf die (noch vorhandene) Bereicherung haftet[5]).

---

[2]) Der Ausgangspunkt ist nach den Quellen die Wahrnehmung der Interessen Abwesender; D. 3, 5, 1: Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant.

[3]) Das ABGB. § 1041 stellt diesen Fall als Verwendung einer Sache zum Nutzen eines Anderen der Geschäftsführung ohne Auftrag ausdrücklich gegenüber.

[4]) So zB. wenn jemand gutgläubig eine fremde Sache veräußert oder der vermeintliche Erbe Erbschaftsverbindlichkeiten erfüllt hat; vgl. D. 3, 5, 48. Anders nach ABGB. § 1041.

[5]) D. 3, 5, 5, 5: Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum

3. Eine echte (d. h. auf Rechnung eines Anderen vorgenommene) negotiorum gestio kann ein objektiv fremdes Geschäft betreffen, d. h. ein Geschäft, das offensichtlich dem Interessenkreise des Geschäftsherrn angehört (Reparatur seines Hauses, Fütterung seines Viehs, D. 3, 5, 5, 13: alterius re ipsa gestum negotium) oder ein subjektiv fremdes Geschäft sein, d. h. ein Geschäft, das an sich sowohl ein eigenes Geschäft des Geschäftsführers als ein Geschäft des Geschäftsherrn sein könnte (ein Landwirt kauft Dünger für einen benachbarten Landwirt; D. 3, 5, 5, 11: negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum). In letzterem Falle muß die Absicht des Handelnden, nicht für sich, sondern für einen Anderen zu handeln, in die Erscheinung treten, in ersterem Falle kommen die Grundsätze der negotiorum gestio ohne weiteres zur Anwendung.

4. Irrt der Geschäftsführer über die Person des Geschäftsherrn, so wird nicht der vermeintliche, sondern der wirkliche Geschäftsführer berechtigt und verpflichtet[6]).

### b. Wechselseitige Rechte und Pflichten.

Aus der Geschäftsführung entstehen gegenseitige Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn. Daher behandeln die Römer die negotiorum gestio als Quasikontrakt (S. 395[8]). Der Geschäftsherr macht seine auf die negotiorum gestio gestützten Ansprüche mit der actio negotiorum gestorum directa, der Geschäftsführer die seinen mit der actio negotiorum gestorum contraria geltend[7]).

---

eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et si tenebitur negotiorum gestorum actione. ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in quod ei abest, quia improbe ad negotio mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem. Für das österr. Recht vgl. ABGB. § 1041.

[6]) D. 3, 5, 5, 1: Sed et si, cum putavi Titii negotia esse cum essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius mihi actione negotiorum gestorum tenetur; D. 10, 3, 14, 1.

[7]) D. 3, 5, 2. Aus der negotiorum gestio entspringt ein bonae fidei iudicium (S. 356[14]).

1. Ansprüche des Geschäftsherrn (actio negotiorum gestorum directa).

α. Der Geschäftsführer haftet für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit. Diese Normalhaftung wird:

a. erhöht auf die Haftung für Zufall, wenn die Geschäftsführung mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht[8]); in diesem Falle verliert der Geschäftsführer auch den von ihm gemachten Aufwand;

b. vermindert auf die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt[9]).

β. Der Geschäftsführer hat gleich einem Beauftragten (S. 575) die Pflicht zur Rechenschaftsablegung, Herausgabe und Verzinsung (I. 3, 27, 1, D. 3, 5, 18, 4; ebenso ABGB. § 1039).

2. Ansprüche des Geschäftsführers (actio negotiorum gestorum contraria).

α. Der Geschäftsführer kann Ersatz seiner Aufwendungen gleich einem Beauftragten verlangen, falls der Geschäftsherr die Geschäftsführung:

a. genehmigt (ratihabitio mandata comparatur, S. 309);

b. genehmigen muß. Hierzu ist er verpflichtet, wenn die Geschäftsführung dem wirklichen oder zu unterstellenden Willen des Geschäftsherrn entspricht und ihm Nutzen gebracht

---

[8]) ZB. wenn der Geschäftsführer neue Geschäfte für den Geschäftsherrn abschließt, D. 3, 5, 10. Ebenso ABGB. § 1040; der Geschäftsführer verliert aber den gemachten Aufwand nur, wenn er nicht in Natur zurückgenommen werden kann.

[9]) D. 3, 5, 3, 9: Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari: nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis optuleris, aequissimum esse dolum dumtaxat te praestare: quae sententia habet aequitatem; nach ABGB. haftet er wie immer für jede Schuld (ABGB. § 1295).

hat (nach ABGB. § 1036 nur, wenn die Geschäftsführung zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens erfolgte). Für gegen das Gebot des Geschäftsherrn unternommene Geschäfte erhält der negotiorum gestor also in der Regel (ABGB. § 1040)[10]) keinen Ersatz, selbst wenn sie erfolgreich ausgeführt sind (C. 2, 18, 24). Ebensowenig werden ihm Aufwendungen ersetzt, die dem Geschäftsherrn keinen Nutzen bringen (zB. Aufwendungen für ein vom Geschäftsherrn aufgegebenes Grundstück, D. 3, 5, 9, 1). Anderseits genügt ein negotium utiliter coeptum, d. h. die Aufwendungen sind auch dann zu ersetzen, wenn der dadurch erzielte Erfolg später wieder fortfällt (ABGB. § 1036).[11])

β. Liegen die Voraussetzungen des Erstattungsanspruchs nicht vor, dann muß der Geschäftsherr wenigstens das herausgeben, um was er bereichert ist (D. 15, 3, 3, 4; vgl. ABGB. §§ 1037 u. 1038). Ist der Geschäftsherr unmündig, so haftet er in allen Fällen nur auf die Bereicherung (D. 3, 5, 5, 2);

γ. Dem Geschäftsführer steht ein Erstattungsanspruch nicht zu, wenn er die Auslagen „donandi", nicht „recipiendi" animo machte. Die Schenkungsabsicht hat der Geschäftsherr zu beweisen. Nur bei Gewährung von Unterhalt unter Aszendenten und Deszendenten spricht eine Vermutung für die Schenkungsabsicht (D. 3, 5, 33).

---

[10]) Eine Ausnahme bildet die Beerdigung eines Menschen. Die hierfür aufgewendeten Kosten können von dem Verpflichteten mit einer actio funeraria selbst dann eingezogen werden, wenn die Beerdigung gegen seinen Willen erfolgte; D. 11, 7, 12, 2 und 3. Ähnlich bei Erfüllung öffentlicher Lasten, D. 3, 5, 3, 10, zB. Wegebesserung, D. 43, 10, 1, 3; vgl. ABGB. § 1042.

[11]) D. 3, 5, 9, 1: Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obiit, aget negotiorum gestorum.

## Verwahrung.

### § 100. Depositum.

a. Begriff.

Verwahrungsvertrag (depositum)[1] ist eine Vereinbarung, wonach die eine Partei (Verwahrer, Depositar) verpflichtet ist, eine ihr von der anderen Partei (Hinterleger, Deponent) übergebene Sache unentgeltlich aufzubewahren[2]. Ein Verwahrungsvertrag ist nur vorhanden, wenn die Aufbewahrung die Hauptsache bildet, nicht aber, wenn sie nur nebensächliche Folge eines auf einen anderen Hauptgegenstand gerichteten Vertrags (Kauf, Leihe, Werkvertrag, Auftrag, Pfandvertrag) ist[3].

b. Inhalt des Verwahrungsvertrags.

1. Das depositum ist einer der vier benannten Realkontrakte (mutuum, depositum, commodatum, pignus, S. 451); es kommt also erst zustande durch Hingabe und Übernahme einer Sache zur Verwahrung. Ebenso ABGB. § 957.

2. Der Depositar ist nicht juristischer Besitzer, sondern bloßer Detentor (D. 41, 2, 3, 20); denn er hat

---

[1]) D. 16, 3, C. 4, 34: Depositi vel contra. Mit dem depositum, dem Verwahrungsvertrage, ist nicht zu verwechseln die depositio, die Hinterlegung als Erfüllungsersatz (S. 484).

[2]) Nach rR. war die Unentgeltlichkeit ein notwendiges Begriffsmerkmal des depositum, die entgeltliche Aufbewahrung wurde als locatio conductio operarum behandelt; vgl. D. 16, 3, 1, 8: Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto. Nach ABGB. § 969 kann auch eine entgeltliche Aufbewahrung Verwahrung sein. Doch wird Entgeltlichkeit nicht vermutet.

[3]) Vgl. D. 17, 1, 8, pr.: Si procuratorem dedero nec instrumenta (Urkunden) mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: unius cuiusque enim contractus initium spectandum et causam.

weder den animus domini noch den animus rem sibi habendi (unten § 114 b 1; ebenso ABGB. § 958).

3. Das depositum ist gleich dem Mandat und dem Verpfändungsvertrage (pignus) ein contractus bilateralis inaequalis, d. h. es entstehen jedenfalls Ansprüche des Hinterlegers gegen den Verwahrer auf Aufbewahrung und Rückgabe (actio depositi directa), dagegen nicht unbedingt auch Gegenansprüche des Verwahrers (auf Ersatz von Aufwendungen, Schadensersatz, actio depositi contraria). Die beiderseitigen Verpflichtungen werden im einzelnen von dem Grundsatze von Treu und Glauben beherrscht; denn das depositum ist ein bonae fidei contractus (D. 16, 3, 1, 23).

*α.* Die Verpflichtung des Verwahrers (actio depositi directa) geht:

a. auf Aufbewahrung der Sache (ABGB. § 961), wozu aber — trotz der Begriffsbestimmung in D. 16, 3, 1, pr.: Depositum est, quod custodiendum alicui datum est — nicht ohne weiteres auch eine besondere Bewachung (custodia, S. 421[3]) gehört (D. 16, 3, 1, 12);

b. auf Rückgabe der Sache, mit allen Akzessionen (D. 16, 3, 1, 24; ABGB. § 961). Diese ist auf Verlangen des Hinterlegers jederzeit zu bewirken, auch wenn eine Aufbewahrungszeit verabredet ist (D. 16, 3, 1, 22; ABGB. § 962)[4]) und hat grundsätzlich am Aufbewahrungsorte zu erfolgen (vgl. D. 16, 3, 12, 1, S. 415[1]). Kann die hinterlegte Sache nicht oder nicht unbeschädigt (D. 16, 3, 1, 16) zurückgegeben werden, so haftet der Depositar mangels besonderer Abrede (D. 16, 3, 1, 35) nur, falls diese Unmöglichkeit der Rückgabe durch seinen dolus oder seine culpa lata herbeigeführt ist (D. 16, 3, 1, 10); denn er hat kein Interesse an der Hinterlegung (S. 424; D. 13, 6, 5, 2: quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur).[5]) Ausnahmsweise haftet er:

---

[4]) Dagegen kann der Verwahrer die Sache nicht vorzeitig zurückstellen.

[5]) Nach ABGB. § 1295 haftet der Verwahrer für jede Schuld.

1) auch für culpa levis (und für custodia): wenn er sich zur Verwahrung gedrängt hat oder wenn solch gesteigerte Haftung vereinbart ist (D. 16, 3, 1, 35); ist für die Aufbewahrung ein Entgelt vereinbart, so liegt locatio conductio operarum vor (Anm. 2) und es wird dementsprechend (S. 563) gehaftet (D. 13, 6, 5, 2);

2) selbst für den Zufall bei eigenmächtiger Aneignung (furtum rei, D. 16, 3, 1, 25) oder Benutzung (furtum usus, C. 4, 34, 3) der fremden Sache, sowie im Falle des Verzugs (D. 16, 3, 12, 3); vgl. noch D. 12, 1, 4, pr.; ähnlich ABGB. § 965.

Die Verwahrung begründet ein Vertrauensverhältnis; daher ist die actio depositi directa eine actio famosa, d. h. der Depositar, der sich auf die Rückgabe erst verurteilen läßt, wird infam (S. 188). Ferner ist gegenüber der actio depositi directa jede Retention (S. 435) und Kompensation (S. 489) ausgeschlossen (C. 4, 34, 11, ebenso ABGB. § 1440). Ist endlich die Hinterlegung in einem Notfall erfolgt (sog. depositum miserabile), so wird der die Rückgabe verzögernde Depositar auf das Doppelte verurteilt[6]).

β. Die Pflichten des Hinterlegers (actio depositi contraria) gehen:

a. auf Ersatz zweckentsprechender Aufwendungen (zB. Unterhaltskosten eines verwahrten Sklaven, D. 16, 3, 23; vgl. ABGB. § 967);

b. auf Schadensersatz, falls die hinterlegte Sache dem Verwahrer Schaden bringt (zB. bei Einstellung eines rotzkranken Pferdes in einen fremden Stall) und den Hinterleger Vorsatz oder Fahrlässigkeit trifft (D. 47, 2, 62, 5, ebenso ABGB. § 967).

---

[6]) D. 16, 3, 1, 1: Praetor ait: „Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo".

c. Besondere Arten des Verwahrungsvertrags.

1. Depositum irregulare liegt vor, wenn vertretbare Sachen in der Art hinterlegt werden, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, das Hinterlegte nicht, wie regelmäßig, in specie, sondern in genere, d. h. in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurück zu gewähren (D. 16, 3, 24). Dann nähert sich der Vertrag dem Darlehen, unterscheidet sich aber von ihm dadurch, daß das Darlehen regelmäßig im Interesse des Empfängers, das depositum irregulare im Interesse des Gebers hingegeben wird[7]).

2. Sequestratio ist die Übergabe einer Sache durch mehrere Personen zur Verwahrung mit der Abrede, daß die Herausgabe an einen der Hinterleger erfolgen solle, zB. denjenigen, der in einem Prozeß über die Sache siegen werde (D. 16, 3, 6, S. 387, vgl. ABGB. § 968). Da hierbei keiner der Hinterleger bis zur Entscheidung über die Sache verfügen kann, wird dem sequester[8]) der juristische Besitz

---

[7]) Die praktische Bedeutung der Unterscheidung für das rR. liegt darin, daß:

a. auf die actio depositi, als iudicium bonae fidei, nicht aber auf die condictio certi (S. 356[14]), eine Verurteilung auf Zinsen aus bloßem pactum oder Verzug zulässig war (D. 16, 3, 25, 1);

b. die actio depositi infamierte, nicht aber die condictio certi;

c. gegenüber der actio depositi die Zurückhaltung und (was gerade beim depositum irregulare praktisch wurde) die Aufrechnung ausgeschlossen war, nicht aber gegenüber der condictio certi.

Das ABGB. erwähnt das depositum irregulare nicht. Trotzdem wird von den meisten die Besonderheit dieses Vertrages — wenigstens bei bankmäßiger Deponierung von Geldern, Wertpapieren usw. (Schey) — auch für das österr. Recht anerkannt und derselbe zum Teil den Regeln über das depositum, zum Teil den über das Darlehen unterstellt. — Ein regelmäßiges depositum vertretbarer Sachen geht in ein wirkliches Darlehen über, wenn der Deponent dem Verwahrer den Gebrauch der hinterlegten Sachen gestattet (ABGB. § 959).

[8]) Über die angebliche Ableitung dieses Ausdrucks vgl. D. 50, 16, 110: dictus ab eo, quod occurrenti aut quasi sequenti eos qui contendunt committitur. In Wahrheit ist sequester von secus abzuleiten, beiseite, d. h. der Unparteiische.

zugesprochen (unten § 114 b 1), damit ein zur Verteidigung einer Besitzstörung oder Besitzentziehung Legitimierter vorhanden sei[9]).

## Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

### § 101. Receptum.

Mit dem Ausdrucke receptum bezeichneten die Römer verschiedene im prätorischen Edikte behandelte Rechtsgeschäfte.

a. Receptum argentarii.

Das receptum argentarii ist ein durch Justinian beseitigtes abstraktes Erfüllungsversprechen eines Bankiers (oben S. 476[8] und unten § 105[5]).

b. Receptum arbitrii[1]).

Vereinbaren zwei Parteien, einen Rechtsstreit durch einen bestimmten Schiedsrichter (arbiter), entscheiden zu lassen[2]), so ist der Gewählte zur Annahme des Amtes

---

[9]) D. 16, 3, 17. Die Klage gegen den Sequester auf Herausgabe der Sache heißt actio depositi sequestraria (D. 16, 3, 12, 2).

[1]) D. 4, 8: De receptis: Qui arbitrium receperint, ut sententiam dicant; C. 2, 55: De receptis.

Compromissum (Anm. 2) ist der Schiedsvertrag zwischen den Parteien, receptum der Vertrag auf Übernahme des Schiedsrichteramts zwischen den Parteien und dem arbiter.

[2]) Eine solche Vereinbarung erzeugte anfänglich als nudum pactum keine klagbare Verpflichtung unter den Beteiligten. Der Schiedsvertrag konnte nur mittelbar durch wechselseitiges Versprechen einer Vertragsstrafe (poena oder pecunia compromissa, daher compromissum = Schiedsvertrag) für den Fall der Nichtanerkennung des Schiedsspruchs (arbitrium, laudum) rechtswirksam gemacht werden. Es war somit keine Partei verpflichtet, sich auf das Verfahren vor dem Schiedsrichter einzulassen und der Schiedsspruch selbst war nicht vollstreckbar und ließ die exceptio rei iudicatae nicht entstehen; die ungehorsame Partei verwirkte aber die Strafe (D. 4, 8, 2: Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem).

Durch Justinian (C. 2, 55, 4 und 5) wird der auf Grund eines formlosen Schiedsvertrags gefällte Schiedsspruch unmittelbar verpflichtend und vollstreckbar, sofern er eidlich bekräftigt oder von beiden

natürlich nicht verpflichtet. Es bedarf also einer vertragsmäßigen Übernahme des Amtes durch ein receptum, um den arbiter zur Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits zu verpflichten. Das receptum ist aber formlos bindend (also ein pactum praetorium, S. 455); der Prätor zwingt den ungehorsamen arbiter durch Strafen (multae, S. 70, D. 4, 8, 32, 12) zur Erledigung der übernommenen Pflicht[3]). Über den rechtspolitischen Grund dieses Zwangsverfahrens vgl. D. 4, 8, 3, 1.

c. Receptum nautarum, cauponum et stabulariorum[4]).

Durch das prätorische Edikt (D. 4, 9: Nautae cau-

---

Parteien unterschriftlich anerkannt (sog. laudum homologatum) oder nicht binnen zehn Tagen angefochten wird. Deshalb rechnet man den Schiedsvertrag nunmehr zu den pacta vestita (legitima, S. 455). Die Verwendung des Eides wurde jedoch in Nov. 82 c. 1 wieder verboten.

Über das schiedsrichterliche Verfahren der CPO. vgl. VI. Teil, Abschnitt 4 (§§ 577—599). Das compromissum (also der Vertrag der Parteien, sich einem Schiedsrichter zu unterwerfen), bedarf hiernach schriftlicher Form und kann nur betreffs solcher Angelegenheiten eingegangen werden, über die die Parteien einen Vergleich schließen können. Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils (§ 594) und ist Exekutionstitel (EO. § 1 Z. 6).

[3]) Das compromissum (und damit auch das receptum) fällt fort: beim Tode einer Partei (wenn es nicht ausdrücklich auf die Erben erstreckt ist, D. 4, 8, 27, 1), beim Konkurs (D. 4, 8, 17, pr.) oder Wahnsinn einer Partei (D. 4, 8, 47, 1), beim Untergang der streitigen Sache, es sei denn, daß ein Interessenanspruch bestehen bleibt (D. 4, 8, 32, 5), bei gerechtfertigtem Rücktritt des Schiedsrichters (D. 4, 8, 15).

Unfähig zur Übernahme eines Schiedsrichteramts sind: Frauen (C. 2, 55, 6: suae pudicitiae memores et operum, quae eis natura permisit et a quibus eas iussit abstinere), ferner Wahnsinnige, Taube, Stumme, der vom Prätor für die betreffende Sache bestellte iudex, ein minor viginti annis (D. 4, 8, 9, 1 ff. u. 41).

Geht das compromissum auf mehrere Schiedsrichter, so entscheidet regelmäßig (D. 4, 8, 17, 7, vgl. jedoch 4, 8, 27, 3) Stimmenmehrheit; bei Stimmengleichheit entscheidet ein von den Schiedsrichtern bestellter Obmann (D. 4, 8, 17, 5 und 6).

[4]) D. 4, 9 (also an das receptum arbitrii anschließend): Nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant.

pones stabularii ut recepta restituant) werden Reeder (exercitores navium), Gast- und Stallwirte hinsichtlich der von Reisenden ihnen übergebenen Sachen für unbedingt haftbar erklärt; sie haften also insbesondere — entgegen dem Grundsatze, daß jeder nur sein eigenes Verschulden zu vertreten hat (S. 425) — auch für das Verschulden ihrer Leute; vgl. D. 4, 9, 1, pr.: Ait praetor: „Nautae caupones stabularri quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo". Unerheblich ist es, ob sie für die Aufnahme ein Entgelt erhalten (D. 4, 9, 6, pr.). Diese gesteigerte Haftung wird unter Unterstellung eines „Quasidelikts" (unten § 112 c) durch die besondere Unzuverlässigkeit dieser Geschäftsleute (hoc genus hominum, D. 4, 9, 3, 1) und durch die Notwendigkeit, sich ihnen anzuvertrauen (quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere, D. 4, 9, 1, 1) gerechtfertigt. Nach klassischem Rechte können sie jedoch ihre Haftung durch den Nachweis eigenen Verschuldens des Reisenden oder höherer Gewalt abwenden (D. 4, 9, 3, 1).[5])

---

Dem receptum entspringen zwei actiones in factum: eine auch gegen die Erben gehende actio rei persecutoria auf einfachen Schadensersatz (D. 4, 9, 3, 1 und 4) und — im Falle eines durch die Leute des Wirts oder Schiffers verübten Diebstahls oder einer Beschädigung — eine passiv unvererbliche actio poenalis in duplum (D. 47, 5: Furti adversus nautas caupones stabularios).

[5]) Eine ähnliche Haftung ist den Wirten, Schiffern und Fuhrleuten auch im österr. Recht aufgebürdet (ABGB. §§ 970 und 1316 und HGB. Art. 395). Dagegen hat das neue deutsche HGB. (§§ 429, 606) die besondere Haftung der Frachtführer und Reeder beseitigt. Nur die Eisenbahnen haften als Frachtführer auch noch nach dem neuen deutschen HGB. bis zur höheren Gewalt (§ 456).

## Gesellschaft.

### § 102. Societas.

a. Begriff und Arten.

Gesellschaft (societas)[1]) ist die vertragsmäßige Vereinigung mehrerer bestimmter Personen zur Erreichung gemeinsamer Zwecke durch gemeinschaftliche Förderung.

1. Durch das Erfordernis einer vertragsmäßigen Grundlage unterscheidet sich die Gesellschaft von der zufälligen Gemeinschaft (communio, unten § 103).

2. Der gemeinsame Zweck kann nach rR. nur ein Vermögenszweck, heute auch ein idealer Zweck sein[2]).

3. Zum Begriffe der Gesellschaft gehört die Förderung eines gemeinschaftlichen Zweckes durch Zusammenwirken aller Beteiligten. Gemeinschaftliches Handeln, bei dem ein Teil im ausschließlichen Interesse des anderen tätig wird, ist keine Gesellschaft, so zB. die sog. societas leonina[3]), d. h. eine gemeinschaftliche Unternehmung, bei welcher der eine Teilnehmer allein allen Nutzen haben, der andere allein allen Schaden tragen soll.

4. Eine Gesellschaft liegt nur vor bei der Vereinigung mehrerer bestimmter Personen; soll die Vereinigung von den Personen ihrer Mitglieder unabhängig sein, so liegt ein Verein vor (S. 194).

5. Arten der Gesellschaften (D. 17, 2, 5, pr.; ABGB. §§ 1176 und 1177) sind:

α. Die societas omnium bonorum. Sie umfaßt als „allgemeine Gütergemeinschaft" alle Aktiva und Passiva, welche die Beteiligten bei Eingehung der Gesellschaft haben oder später erwerben. Ausgenommen sind

---

[1]) I. 3, 25: De societate; D. 17, 2, C. 4, 37: Pro socio.

[2]) Doch stellt das ABGB. nur für Gesellschaften mit Vermögenszweck besondere Regeln auf (§§ 1175 ff.).

[3]) So genannt nach der äsopischen Fabel, nach der der Löwe mit dem Esel auf die Jagd geht, die Jagdbeute aber für sich allein behält („Löwenanteil"); vgl. D. 17, 2, 29, 2.

nur die durch Delikt begründeten Forderungen und Schulden eines Gesellschafters (D. 17, 2, 52, 17 und 18; D. 17, 2, 53: quia delictorum turpis atque foeda communio est).[4][5])

β. Die societas quaestus, allgemeine Errungenschaftsgemeinschaft. Sie umfaßt nur den nach Abschluß des Gesellschaftsvertrags von einem der Gesellschafter durch seine Tätigkeit („qui ex opera cuius descendit", D. 17, 2, 8) gemachten Erwerb und die hierauf bezüglichen Schulden. Das bisherige Vermögen bleibt also den einzelnen Gesellschaftern, ebenso erhalten diese allein den von ihnen nicht durch ihre Tätigkeit, sondern durch andere Umstände (Erbschaft, Lotteriegewinn) gemachten Erwerb (D. 17, 2, 9—12). Für diese Gesellschaftsform spricht im Zweifel die Vermutung (D. 17, 2, 7).

γ. Die societas negotiationis, Erwerbsgesellschaft ist die dauernde Vereinigung mehrerer Personen zum Betriebe eines Gewerbes (zB. argentaria societas).

---

[4]) Von der societas omnium bonorum hat vermutlich das römische Gesellschaftsrecht seinen Ursprung genommen (Dernburg, anders Pernice, der die Handelsgesellschaften für den Ausgangspunkt ansieht); die für sie aufgestellten Grundsätze wurden dann auch für die anderen Geschäftsformen angewendet. Der Normalfall der societas omnium bonorum war das Zusammenbleiben der durch den Tod des pater familias selbständig gewordenen und regelmäßig (S. 181) erst dadurch zu Vermögen gekommenen Agnaten zur gemeinsamen Verwaltung des ungeteilt bleibenden Erbguts. Aus dieser Entstehung der societas erklärt sich die milde Haftung der socii nur für diligentia quam suis (S. 592) und die Beschränkung der wechselseitigen Ansprüche durch das beneficium competentia (S. 434); vgl. D. 17, 2, 63, pr.: societas ius quodammodo fraternitatis in se habet. Während nach DBGB. (§ 1437) eine allgemeine Gütergemeinschaft nur unter Eheleuten zugelassen ist, können nach österr. Rechte (§ 1180) auch andere Personen einen solchen Vertrag eingehen. Da aber letzteres kaum vorkommen dürfte, hat das ABGB. die allgemeine Gütergemeinschaft im Hauptstücke von den Ehepakten behandelt (§§ 1233 bis 1236).

[5]) Bei der societas omnium bonorum — aber nur bei dieser — werden nach rR. (anders ABGB. § 1181) die Vermögensstücke der Gesellschafter mit Abschluß des Vertrags ohne dinglichen Übertragungsakt gemeinsames Eigentum (D. 17, 2, 1, 1 und 2).

Sie umfaßt nur die zum Gewerbebetriebe gehörenden Vermögensstücke und die auf ihn bezüglichen Schulden (D. 17, 2, 52, 5).[6])

δ. Den geringsten Umfang hat die societas unius negotii s. rei, die Vereinigung zu einzelnen Geschäften für gemeinschaftliche Rechnung (D. 17, 2, 5, pr.).

b. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft.

Der Gesellschaftsvertrag bedarf als Konsensualkontrakt (S. 454) keiner Abschlußform[7]). Er ist ferner, da alle Beteiligten begriffsnotwendig (S. 593) Rechte und Pflichten haben, ein contractus bilateralis aequalis (S. 292).

Zu unterscheiden ist zwischen den Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zueinander (Innenverhältnis) und zu dritten (Außenverhältnis).

1. Innenverhältnis der Gesellschafter.

α. Die inneren Rechtsbeziehungen der Gesellschafter werden in erster Linie durch den Gesellschaftsvertrag (ABGB. § 1187) bestimmt; die gesetzlichen Vorschriften treten nur ergänzend (suppletorisch) ein.

β. Die Gesellschafter sind verpflichtet, die Gesellschaftszwecke durch Leistungen zu fördern (vgl. ABGB.

---

[6]) Die Erwerbsgesellschaft gehört vorwiegend dem Handelsrecht an, das die wichtigsten (offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, stille Gesellschaft, Reederei) besonderen Normen unterwirft. Mehrere Arten von Vereinigungen zu Erwerbszwecken haben die Natur juristischer Personen (Aktiengesellschaft, Aktienkommanditgesellschaft, eingetragene Genossenschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung).

Eine der heutigen Kommanditgesellschaft (Haftung eines Gesellschafters mit seinem Gesamtvermögen, der übrigen nur in Höhe bestimmter Einlagen (ähnliche, besondere, zum Teil dem öffentlichen Recht angepaßte Gestaltung hatten die societates publicanorum erhalten, welche für die römischen Staatsfinanzen von großer Bedeutung waren (oben S. 73[4]). Sie wurden insbesondere durch den Tod eines Genossen nicht aufgelöst (wohl aber durch den Tod des manceps, D. 17, 2, 49, pr.).

[7]) Zur Gültigkeit eines Gesellschaftsvertrages, der sich nur auf das gesamte gegenwärtige oder auch das gesamte zukünftige Vermögen beziehen soll, ist nach ABGB. § 1178 die Errichtung eines Inventars notwendig. — Vgl. ferner §§ 1179 u. 1180.

§§ 1184 ff.). Diese können bestehen in Sacheinlagen oder in einer Tätigkeit für Gesellschaftszwecke[8]).

Macht ein Gesellschafter Sacheinlagen, so fragt es sich — was vor allem für den Gefahrübergang und die Rückgewähr nach Auflösung der Gesellschaft von Bedeutung ist —, ob die Einbringung erfolgt:

a. quoad usum. Dann hat die Gesellschaft nur die Benutzung während des Bestehens der Gesellschaft. Der einbringende Gesellschafter bleibt Eigentümer und trägt die Gefahr, der Untergang der Sache gilt also als Verminderung seiner Einlage; oder

b. quoad sortem. Dann geht mit der Einbringung Eigentum und Gefahr auf die Gesellschaft über; der spätere Untergang gilt also als Verminderung des Gesellschaftsvermögens[9]).

γ. Die Gesellschafter haften bei der Erfüllung ihrer Verpflichtung nur für diligentia quam suis (culpa in concreto).[10])

δ. An Gewinn und Verlust ist mangels einer anderweitigen Bestimmung durch den Gesellschaftsvertrag jeder Gesellschafter zu einem gleichen Teile (Kopfteile) beteiligt ohne Rücksicht auf Höhe und Art seines Beitrags[11]).

---

[8]) D. 17, 2, 5, 1: Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus; cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. Ist durch Vertrag nichts anderes bestimmt, so ist nach ABGB. §§ 1184 und 1185 jeder Gesellschafter verpflichtet, einen gleichen Teil zum Kapital beizutragen und in gleichem Maße tätig mitzuwirken.

[9]) D. 17, 2, 58, pr. Vgl. ABGB. § 1183; im Zweifel gilt die Einlage als quoad sortem geschehen, wenn sie in Geld, verbrauchbaren, oder zwar unverbrauchbaren, aber in Geld angeschlagenen Sachen besteht.

[10]) I. 3, 25, 9, D. 17, 2, 72 (S. 425[8]); anders nach ABGB. §§ 1191 und 1295.

[11]) D. 17, 2, 29, pr.: Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Anders ABGB. §§ 1192—1197. — Wegen Anspruchs der Gesellschafter auf Rechnungslegung vgl. §§ 1198 ff.

Bei der Feststellung von Gewinn und Verlust ist bei den auf die Dauer berechneten Gesellschaften nicht jedes einzelne Geschäft zu berücksichtigen, sondern das bei der „Bilanzziehung" am Ende eines gewissen Abschnitts sich ausweisende Gesamtergebnis. Es tritt also insofern eine compensatio lucri cum damno (S. 414) ein (I. 3, 25, 2, D. 17, 2, 30; vgl. ABGB. § 1199).

ε. Für die bei der Ausführung eines die Gesellschaft angehenden Geschäfts einen der Gesellschafter treffenden Zufälle haften die Gesellschafter (D. 17, 2, 52, 4 und 60, 1).

ζ. Ein Gesellschafter kann zwar einen Fremden an seinem Gewinn oder Verlust beteiligen, aber nicht ihn an seiner Stelle den anderen Gesellschaftern aufdrängen (D. 17, 2, 19—23; ABGB. § 1186).

η. Die Gesellschafter machen die aus dem Vorstehenden sich ergebenden gegenseitigen Ansprüche einander gegenüber mit der actio pro socio geltend, welche bei der begrifflichen Notwendigkeit beiderseitiger Leistungen „ab utraque parte directa" ist (I. 4, 16, 2). Die actio pro socio ist eine bonae fidei actio und eine actio famosa (S. 188). Gegenüber der actio pro socio steht dem beklagten Gesellschafter das beneficium competentiae zu (D. 42, 1, 22, 1, D. 17, 2, 63, pr.; S. 434).

### 2. Außenverhältnis der Gesellschaft.

α. Die societas unterscheidet sich von der universitas, der juristischen Person, streng dadurch (S. 194), daß diese nach außen hin ein selbständiges, mit Organen versehenes und durch sie handelndes Rechtssubjekt darstellt, während die societas lediglich eine vertragsmäßige Vereinigung mehrerer Personen zu gemeinsamem Zusammenwirken ist. Daher hat die Gesellschaft auch keine sie vertretenden Organe und es kann überhaupt nicht für die Gesellschaft als solche — denn diese ist eben kein Rechtssubjekt —, sondern nur für die Gesamtheit der Gesellschafter gehandelt werden. Nimmt daher ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten einem Dritten gegenüber ein Rechtsgeschäft vor, so wird grundsätzlich nur er berechtigt und verpflichtet. Ob das Rechtsgeschäft

auch für und gegen die anderen Gesellschafter wirkt, das hängt davon ab, ob der Handelnde namens und in Vollmacht der übrigen gehandelt hatte (vgl. D. 17, 2, 82; ABGB. §§ 1190 u. 1201).

β. Da die Gesellschaft des rR. in keiner Hinsicht Rechtspersönlichkeit hatte, gibt es auch kein der Gesellschaft als solcher gehöriges Gesellschaftsvermögen. Vielmehr stehen alle in die Gesellschaft eingebrachten Gegenstände im Miteigentum aller Gesellschafter, von denen jeder über den ihm gebührenden ideellen Anteil an jedem dieser Gegenstände verfügen kann[12]).

### c. Endigung der Gesellschaft.

Die Gesellschaft ist nicht — wie der Verein — auf die Dauer berechnet (nulla societatis in aeternum coitio est, D. 17, 2, 70). Sie kann von vornherein nur auf ein einzelnes Geschäft, auf eine bestimmte Zeit oder bis zum Eintritt einer auflösenden Bedingung eingegangen sein (ABGB. §§ 1205, 1208). Selbst wenn sie „in perpetuum" (D. 17, 2, 1, pr.) geschlossen ist, bedeutet dies nur, daß sie auf unbestimmte Zeit eingegangen ist; sie ist dann zwar nicht, wie in den vorgedachten Fällen, von vornherein auf eine gewisse Zeit beschränkt, aber doch den dem Gesellschaftsrecht eigentümlichen Endigungsgründen unterworfen. Diese sind — abgesehen vom Unmöglichwerden und von der Erreichung des Gesellschaftszwecks (I. 3, 25, 6, ABGB. § 1205), vom Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters (I. 3, 25, 8)[13]) und vom Auflösungsvertrag (D. 17, 2, 65, 3) — Tod und Kündigung[14]).

---

[12]) Auch nach ABGB. (§§ 1201 – 1204) besitzt die Gesellschaft nicht juristische Persönlichkeit; immerhin wird das Gesellschaftsvermögen in einzelnen Beziehungen vom Vermögen der einzelnen Gesellschafter gesondert. Für das Handelsrecht ist wohl den Handelsgesellschaften juristische Persönlichkeit zuzusprechen.

[13]) Ebenso HGB. Art. 123 Z. 3, 170 und 261 Z. 3. Nach ABGB. ist Konkurs nicht Auflösungs-, sondern nur Ausschließungsgrund.

[14]) Vgl. D. 17, 2, 4, 1: Dissociamur renuntiatione morte capitis minutione et egestate (Konkurs); und anderseits D. 17, 2,

### 1. Tod eines Gesellschafters.

Abgesehen von den societates vectigalium (D. 17, 2, 59, pr., S. 591[6]) wird nach rR. durch den Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft unbedingt aufgelöst, ebenso durch capitis diminutio maxima und media (D. 17, 2, 63, 10), früher auch durch c. d. minima (G. 3, 153). Es kann nicht bedungen werden, daß der Erbe eines verstorbenden Gesellschafters eintritt, „quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit" (I. 3, 25, 5).[15]) Über die Fortführung der laufenden Geschäfte durch den Erben vgl. D. 17, 2, 40.

### 2. Kündigung seitens eines Gesellschafters.

Nach rR. kann die Gesellschaft jederzeit durch einseitige Kündigung (renuntiatio) eines Gesellschafters beendet werden (C. 3, 37, 5: In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri). Kündigt er aber zur Unzeit („intempestive", D. 17, 2, 14), so ist er den übrigen zum Schadensersatze verpflichtet, und war die Gesellschaft auf eine bestimmte Zeit eingegangen, so hat die ohne wichtigen Grund vorzeitig ausgesprochene Kündigung die Bedeutung, daß der Kündigende nicht mehr an dem Gewinn der laufenden Geschäfte teilnimmt, wohl aber an dem Verlust[16]).

---

63, 10: Societas solvitur ex personis (Tod und capitis diminutio), ex rebus (Untergang der gemeinschaftlichen Sache), ex voluntate (Auflösungsvertrag und renuntiatio), ex actione Kündigung durch Anstellung der actio communi dividundo).

[15]) Wohl aber kann von vornherein vereinbart werden, daß beim Fortfall eines Gesellschafters die übrigen weiter eine Gesellschaft bilden sollen. Dies wird nach ABGB. § 1207 vermutet. Nach ABGB. § 1208 kann auch die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines verstorbenden Gesellschafters im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden.

[16]) D. 17, 2, 65, 6: Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat: itaque si quid compendii (Gewinn) postea factum erit, eius partem non fert, at si dispendium (Verlust), aeque praestabit portionem: nisi renuntiatio ex necessitate quadam facta sit; vgl. I. 3, 25, 4. Nach ABGB. § 1212 ist in der Regel (Ausnahme §§ 1210 und 1211) Kündigung nur bei nicht bestimmter

## Gemeinschaft.

### § 103. Communio.

a. Begriff und Arten.

1. Communio (Gemeinschaft) im weiteren Sinn ist die Beteiligung mehrerer an einem Vermögensstück oder einer Vermögensgesamtheit. Im engeren Sinne stellt man communio in Gegensatz zu der auf Vertrag beruhenden Gemeinschaft, der societas, und versteht darunter die nicht durch die Beteiligten herbeigeführte, also bloß zufällige Gemeinschaft (communio incidens).[1])

2. Die Hauptfälle der communio incidens nach rR. sind: Grenzgemeinschaft, Erbschaftsgemeinschaft und Miteigentum. Für sie sind die berühmten drei „Teilungsklagen" geschaffen: die actiones finium regundorum (D. 10, 1, C. 3, 39), familiae erciscundae (D. 10, 2, C. 3, 36), communi dividundo (D. 10, 3, C. 3, 37).

b. Rechtsverhältnisse der Gemeinschaft.

Durch die Gemeinschaft werden, wie sogleich zu zeigen ist, für die Zeit ihres Bestehens und im Falle der Teilung gewisse wechselseitige Ansprüche der Teilhaber (die Quellen sprechen auch hier von socii) hervorgerufen. Aus diesem Grunde behandeln die Römer die communio — da sie anderseits nicht auf Vertrag beruht — als einen Quasikontrakt (I. 3, 27, 3).

1. Die Teilhaber sind zur Nutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands nach Maßgabe ihrer — im Zweifel gleichen — Anteile berechtigt (vgl. ABGB. §§ 839 u. 840).

2. Jeder Teilhaber muß den anderen ersetzen, was er aus der Gemeinschaft in sein Vermögen gebracht hat, sowie den Schaden, den er dem gemeinschaftlichen Vermögen

---

Vertragsdauer zulässig; sie darf auch in diesem Falle nicht arglistig oder zur Unzeit geschehen. — Neben der Aufkündigung kommt nach österr. Recht auch die Ausschließung in Betracht (§§ 1210 ff.).

[1]) Vgl. D. 17, 2, 31.

schuldhafterweise zugefügt hat. Wie bei der Gesellschaft (S. 592) haftet auch bei der Gemeinschaft jeder Teilhaber für dolus und culpa in concreto (D. 10, 2, 25, 16; anders ABGB.).

3. Anderseits kann jeder Teilhaber von den übrigen anteiligen Ersatz der für die Gemeinschaft gemachten Auslagen verlangen.

Diese Ansprüche werden mit den zu a 2 erwähnten, hauptsächlich für die Teilung (unten c) bestimmten Klagen geltend gemacht (vgl. zB. D. 10, 3, 12), die insofern die Natur von bonae fidei iudicia haben (I. 4, 6, 28).

### c. Auflösung der Gemeinschaft.

Jeder Teilhaber kann jederzeit — falls er hierauf nicht vertragsmäßig verzichtet hat, was aber nur auf Zeit, nicht für immer zulässig ist, D. 10, 3, 14, 2 — die Auflösung der Gemeinschaft verlangen (C. 3, 37, 5).[2]) Sofern sich die Teilhaber nicht außergerichtlich auseinandersetzen, geschieht dies nach rR. im Wege des Civilprozesses durch Erhebung der betreffenden Teilungsklage. Hierbei war der iudex besonders frei gestellt. Durch die der Formel eingefügte adiudicatio erhielt er nämlich die Befugnis, nach freiem Ermessen über den gemeinschaftlichen Gegenstand zu verfügen (I. 4, 17, 4 und 5). Er braucht ihn insbesondere nicht reell zu teilen, sondern kann ihn einem Teilhaber ganz überlassen (D. 10, 2, 55) und die anderen in Geld entschädigen oder ihn einem Fremden verkaufen und den Kaufpreis verteilen (C. 3, 37, 3).

Da hiernach der Kläger nicht einen bestimmten Antrag stellen, sondern nur Vornahme der Auseinandersetzung beanspruchen kann, gelten die drei Teilungsklagen als actiones duplices s. mixtae (S. 353[13]), „in quibus uterque actor est, et rei et actoris partes sustinet". Sie sind auch noch in einer anderen Beziehung actiones mixtae, nämlich „tam in rem quam in personam" (S. 353).

---

[2]) Nach ABGB. § 830 darf die Teilung nicht zur Unzeit oder zum Nachteile der übrigen verlangt werden. Vgl. ferner §§ 831 und 832.

Die adiudicatio begründet Rechte derjenigen, denen die gemeinschaftlichen Vermögensstücke zugeteilt werden (über Eviktionshaftung vgl. C. 3, 36, 14); im Teilungsverfahren ist das Urteil also nicht, wie in der Regel (S. 381), bloß deklaratorisch, sondern konstitutiv[3]).

## Spiel und Wette.

### § 104. Spiel und Wette.

a. Begriff.

Spiel und Wette sind gewagte Verträge[1]), d. h. bei beiden hängt die Entscheidung über Gewinn und Verlust der

---

[3]) Nach ABGB. §§ 842 f. hat der Richter auf physische Teilung und, wo diese untunlich ist, auf gerichtliche Feilbietung und Verteilung des Erlöses zu erkennen.

[1]) Gewagte oder aleatorische Verträge (alea = Würfel) nennt man Verträge, bei denen Gewinn oder Verlust der Parteien vom Zufall abhängt, also jede Partei ein „Risiko" läuft. Das rR. behandelte in D. 11, 5 und in C. 3, 43 nur das Spiel, während die ebenfalls zu den gewagten Geschäften zählende emptio spei und rei speratae (S. 513) beim Kauf und das foenus nauticum beim Darlehen behandelt ist. Von den gewagten Geschäften des modernen Rechts, welche vorzugsweise auf deutschrechtlicher Grundlage entstanden und daher hier nicht zu erörtern sind, sind zu erwähnen:

a. der Leibrentenvertrag (ABGB. §§ 1284 – 1286), bei dem der eine Teil (Leibrentenkäufer) einen Vermögenswert hingibt, wogegen der andere (Leibrentenverkäufer) die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen auf die Lebenszeit des Leibrentenkäufers übernimmt;

b. der Losvertrag (ABGB. §§ 1273 und 1274), bei dem der eine Teil (Spieler) einen bestimmten Einsatz zahlt, wogegen der andere Teil (Unternehmer) sich verpflichtet, gewisse Geldbeträge an einzelne, durch Auslosung zu ermittelnde Spieler zu zahlen; bestehen die Gewinne nicht in Geld, sondern in individuell bezeichneten Sachen (Pferden, Silber, Gemälden), so spricht man von Ausspielvertrag;

c. das Differenzgeschäft, d. h. ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Kaufvertrag, der in der Absicht geschlossen wird, daß nicht der Kaufgegenstand wirklich geliefert und abgenommen, sondern nur der Unterschied zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem Börsen- oder Marktpreise am Lieferungstage („Stichtage") gezahlt werden soll;

einen oder anderen Partei nicht (mindestens nicht allein) von ihrem Willen, sondern vom Zufall ab. Da Spiel und Wette im rR. einer verschiedenen rechtlichen Behandlung unterstanden (unten b), ist ihre begriffliche Unterscheidung wichtig. Das Unterscheidungsmerkmal ist nun nach richtiger Ansicht[2]) in der Absicht der Beteiligten zu suchen: beim Spiel kommt es ihnen wesentlich auf den Gewinn, bei der Wette wesentlich auf die Feststellung der Wahrheit einer Behauptung an.

b. Rechtliche Behandlung.

1. Das rR.[3]) behandelte Glücksspiele grundsätzlich als verboten und nichtig[4]). Spielschulden waren unklagbar und konnten (C. 3, 43, 1), selbst wenn sie freiwillig gezahlt

---

d. der Altenteils- oder Auszugsvertrag, bei dem der Käufer eines Grundstücks (meist ein Abkömmling des bisherigen Eigentümers) die Verpflichtung übernimmt, den Verkäufer (Altsitzer, Auszügler) bis zu seinem Tode zu verpflegen;

e. der Versicherungsvertrag (ABGB. §§ 1288—1291), bei dem der eine Teil (Versicherer) gegen Empfang eines bestimmten Vermögenswerts (Prämie) sich verpflichtet, dem anderen Teile (Versicherungsnehmer) den ihm für den ungewissen Fall des Eintritts eines Ereignisses (Tod, Feuer, Unfall, Einbruch) aus diesem erwachsenden Schaden zu ersetzen.

[2]) So Wilda, Windscheid, Dernburg. Dagegen fanden Thöl und Stobbe das Unterscheidungsmerkmal darin, ob die Beteiligten auf die Entscheidung durch ihre Tätigkeit einwirken; dann liege Spiel, sonst Wette vor. Für das ABGB. ist die berühmte Streitfrage infolge der Gleichstellung von Spiel und Wette (ABGB. § 1272, S. 600[5]) bedeutungslos.

[3]) D. 11, 5: De aleatoribus; C. 3, 43: De aleae lusu et aleatoribus. Von den 3 leges des Codextitels sind die ersten beiden erst aus den Basiliken wiederhergestellt (leges restitutae), S. 137, die dritte ist nicht glossiert. Alle drei hatten also keine gemeinrechtliche Bedeutung (S. 143).

[4]) Erlaubt waren nur:

a. Kampfspiele „virtutis causa", D. 11, 5, 2, 1 (vgl. auch C. 3, 43, 1, wonach 5 — ihrer Art nach unbekannte — Spiele um höchstens 1 Solidus erlaubt sein sollten);

b. Unterhaltungsspiele um das „quod in convivio vescendi causa ponitur" (D. 11, 5, 4, pr.).

waren, 50 Jahre lang zurückgefordert werden. Für Verkäufe zur Ermöglichung des Weiterspielens fand keine Evictionshaftung statt (D. 44, 5, 2, 1).

2. Wetten (sponsiones) waren dagegen erlaubt und unter dem Gesichtspunkte des Innominatkontrakts klagbar (vgl. D. 19, 5, 17, 5). Wettverträge spielten insbesondere im älteren Civilprozeß eine große Rolle (sacramentum, sponsio).[5])

## Bürgschaft.

### § 105. Bürgschaft.

a. Begriff.

Bürgschaft (fideiussio)[1]) ist ein Vertrag, durch den sich jemand (Bürge) dem Gläubiger eines Anderen auf den Fall zur Befriedigung verpflichtet, daß der Hauptschuldner die Verbindlichkeit nicht erfüllt (ABGB. § 1346).

1. Die Bürgschaft ist hiernach ein Fall kumulativer Interzession (S. 501). Dadurch unterscheidet sich die Bürgschaft von der Schuldübernahme (der privativen Interzession), bei der der Eintretende an die Stelle des bisherigen und hierdurch frei werdenden Schuldners tritt[2]). Durch die Haftung für eine fremde Schuld unterscheidet sich ferner

---

[5]) Bei der Rezeption wurde unter dem Einflusse des deutschrechtlichen Grundsatzes: „Spielschulden sind Ehrenschulden" die Spielschuld zu einer natürlichen Verbindlichkeit (S. 436), d. h. sie war unklagbar, aber das darauf Gezahlte konnte nicht zurückgefordert werden. Dies gilt nach ABGB. §§ 1271 und 1272 sowohl für Spiel als auch für Wette. Ferner kann nach ABGB. auch das bei einem Dritten zugunsten des Gewinnenden Hinterlegte nicht zurückgefordert werden.

[1]) I. 3, 20: De fideiussoribus; D. 46, 1, C. 8, 40: De fideiussoribus et mandatoribus.

[2]) Auf alle Fälle des Eintretens für eine fremde Schuld, auch durch expromissio (S. 478) oder Pfandbestellung, bezog sich das SC. Velleianum (S. 250), ebenso auch auf die tacita intercessio (Intervention), wobei jemand von vornherein an Stelle und im Interesse eines Dritten eine Schuld auf sich nimmt, zB. ein Darlehen aufnimmt, um einem Freunde ein solches geben zu können; in das ABGB. ist hiervon nichts übergegangen (§ 1349).

die Bürgschaft von der Korrealschuld (S. 505), bei der jeder Schuldner für seine eigene Schuld haftet (vgl. ABGB. § 1347).

2. Somit ist das Eintreten für eine fremde Schuld ein Begriffsmerkmal der Bürgschaft. Daraus folgt (sog. akzessorische Natur der Bürgschaft):

α. daß die Bürgschaft nur rechtsbeständig ist, wenn es die Schuld ist, für die sie übernommen ist (zB. D. 46, 1, 70, 4; ebenso ABGB. § 1351, vgl. aber § 1352), jedoch genügt eine bloße naturalis obligatio (l. 6 § 2, ll. 7, 16 § 3, l. 60 D. 46, 1);

β. daß die Bürgschaft nicht auf mehr gehen kann, als die Hauptschuld (S. 603).[3])

b. Arten der Bürgschaft.

Man unterscheidet:

1. nach der Art der Haftung des Bürgen dem Gläubiger gegenüber:

α. gewöhnliche (subsidiäre) Bürgschaft;

β. selbstschuldnerische (prinzipale) Bürgschaft;

γ. Schadlosbürgschaft (fideiussio indemnitatis). Bei dieser verpflichtet sich der Bürge nur, dem Gläubiger den Ausfall zu ersetzen, den er beim Schuldner erleiden sollte. Der Schadlosbürge kann daher erst dann verklagt werden, wenn dieser Ausfall ziffernmäßig feststeht (D. 45, 1, 116; 46, 3, 21);

2. nach der Art der durch die Bürgschaft gesicherten Verbindlichkeit:

α. gewöhnliche Bürgschaft (C bürgt dem A für dessen Forderung gegen B);

---

[3]) I. 3, 20, 5: Fideiussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur: nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis nec plus in accessione esse potest quam in principali re. at ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Der Bürge kann sich also auf weniger verpflichten als der Hauptschuldner; für den Umfang der Haftung des Bürgen entscheidet sein Verpflichtungswille. Vgl. ABGB. § 1353.

β. Nach- oder Afterbürgschaft (der Afterbürge D bürgt dem Gläubiger A für die Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung durch den Hauptbürgen C, A kann sich also hintereinander an B, C, D halten, vgl. D. 46, 1, 27, 4);

γ. Rückbürgschaft oder Entschädigungsbürgschaft (ABGB. § 1348, der Rückbürge D bürgt dem Hauptbürgen C für dessen Regreßforderung gegen B).

Der Nachbürge (fideiussor fideiussoris) haftet also dem Gläubiger (freilich erst an zweiter Stelle hinter dem Hauptbürgen), der Rückbürge dem Bürgen.

c. Verbürgungsformen.

Im rR., für welches der Personalkredit eine weitaus größere Bedeutung hatte als der Realkredit (S. 386), war das Eintreten eines zweiten Schuldners in ein bestehendes Schuldverhältnis in drei Rechtsformen möglich: als fideiussio (Verbalkontrakt), als constitutum debiti alieni (pactum praetorium) und als mandatum qualificatum (Konsensualkontrakt).

1. Fideiussio.

α. Die Verbürgungsform des älteren rR. war die stipulatio (S. 441). Für die Stipulationsbürgschaft (adpromissio) bestanden bis auf Justinian drei Rechtsformen (G. 3, 115 ff.):

a. die sponsio (Quod Titius mihi debet, idem dare spondes?), als Rechtsform des ius civile nur römischen Bürgern zugänglich;

b. die fidepromissio (idem fide promittis?), später entstanden und auch Peregrinen zugänglich;

c. die fideiussio (idem fide tua esse iubes?), zuletzt entstanden und im justinianischen Recht allein übrig geblieben [4]).

---

[4]) Die fideiussio weist den beiden älteren Rechtsformen gegenüber in vielfacher Beziehung Fortschritte auf.

a. Während sponsio und fidepromissio nur neben einer durch Verbalkontrakt begründeten Hauptschuld, also einer Stipu-

β. Die fideiussio des justinianischen Rechts begründet eine streng akzessorische Verpflichtung. Sie kann weder „in aliud“ (zB. neben einer Warenschuld nicht auf Geld) noch „in duriorem causam“ (zB. für eine bedingte Schuld nicht unbedingt, D. 46, 1, 8, 7) eingegangen werden, sonst ist sie überhaupt nichtig. Ihr Umfang richtet sich nach dem jedesmaligen Bestande der Hauptschuld; der fideiussor haftet

---

lationsschuld (S. 441), vorkommen konnten, war die fideiussio neben allen Arten von Schuldverhältnissen zulässig.

b. Die Verbindlichkeit aus sponsio und fidepromissio begründete eine ausschließlich persönliche, nicht vererbliche Schuld des Bürgen. Die Verbindlichkeit des fideiussor ging auch auf seine Erben über.

c. Die akzessorische Natur der Bürgschaft war nur bei der fideiussio folgerichtig durchgeführt. Sponsio und fidepromissio waren insbesondere verpflichtend, auch wenn die Hauptschuld wegen Geschäftsunfähigkeit des Schuldners nichtig war.

d. Nur auf sponsio und fidepromissio bezogen sich die 3 älteren „leges de sponsu“ (G. 3, 121 ff.)

1. Nach einer lex Publilia (Philonis, 383 v. Chr.?) hatte der Sponsor, falls ihm der Schuldner den verauslagten Betrag nicht binnen 6 Monaten erstattete, eine actio depensi, die unmittelbar vollstreckbar war (manus iniectio pro iudicato) und beim Leugnen auf das Doppelte wuchs.

2. Nach einer lex Apuleia (390 v. Chr.?) hatten Mitbürgen (Sponsoren und Fidepromissoren), die mehr als einen Kopfteil gezahlt hatten, einen entsprechenden Regreßanspruch gegen die übrigen.

3. Nach einer lex Furia de sponsu (345 v. Chr.?) sollte jeder Sponsor und Fidepromissor nur zwei Jahre und jeder Mitbürge nur auf einen Kopfteil haften.

4. Nach der (später durch die Praxis auch auf die fideiussio ausgedehnten) lex Cicereia (173 v. Chr.?) sollte der Gläubiger dem Bürgen vor Eingehung der Bürgschaft die Höhe der Schuld und die Zahl der Mitbürgen anzeigen; mangels einer Anzeige konnte der Bürge durch eine dies feststellende Klage (praeiudicium an praedictum sit) sich von der Bürgschaft befreien.

5. Alle Bürgschaftsformen dagegen betraf die lex Cornelia (88 v. Chr.), wonach niemand in demselben Jahre für denselben Schuldner und bei demselben Gläubiger mit mehr als 20000 Sesterzen Bürgschaft leisten sollte.

Keine dieser leges de sponsu ist in das justinianische Recht übergegangen. Sie bezweckten vornehmlich die Entlastung der Patrizier, welche für ihre Klienten (S. 46) gebürgt hatten und verloren diese Bedeutung mit der Änderung der sozialen Verhältnisse.

daher auch für deren Erweiterungen durch Verzug oder Verschulden des Schuldners (für „omnis causa", D. 19, 2, 54, pr.

Ursprünglich hatte der fideiussor — abgesehen von seiner akzessorischen Verpflichtung — völlig die Stellung eines Korrealschuldners. Daher wurde der Hauptschuldner durch Litiskontestation mit dem fideiussor befreit (und umgekehrt, vgl. S. 507[3]); ferner konnte sich der Gläubiger auch von vornherein an den Bürgen halten, und endlich haftete jeder von mehreren Mitbürgen als Gesamtschuldner. Später erhält der Bürge eine weniger gefährliche Rechtsstellung. Die „gesamtzerstörliche Wirkung" der Litiskontestation wird durch Justinian beseitigt (S. 507[3]). Der zuerst belangte Bürge kann ferner mit dem in Novelle 4 eingeführten beneficium excussionis personalis s. ordinis regelmäßig die vorherige Belangung des Hauptschuldners verlangen (unten S. 607). Jeder von mehreren Mitbürgen kann sich (seit einer epistola Hadriani) regelmäßig des beneficium divisionis bedienen und damit seine bloße Teilhaftung herbeiführen (unten S. 608). Endlich kann der Bürge bei der Leistung Abtretung der Klage gegen den Schuldner und die Mitbürgen verlangen und dadurch seinen Regreßanspruch durchsetzen (beneficium cedendarum actionum; unten S. 608).

2. Constitutum.

Zu Bürgschaftszwecken kann nach späterem rR.[5]) auch das constitutum (Erfüllungsversprechen, S. 476[8]) benutzt

---

[5]) D. 13, 5: De pecunia constituta; C. 4, 18: De constituta pecunia. Justinian verschmolz in C. 4, 18, 2 das im prätorischen Recht ausgebildete constitutum mit dem dem älteren Recht angehörenden receptum argentarii. Hierbei sagte ein Bankier für einen Geschäftsfreund (meist auf dessen Anweisung) einem Dritten (dem Rezepten) gegenüber „gut". Der Rezept machte diese Schuldübernahme mit einer actio recepticia geltend. Auf dieses receptum beziehen sich, wie Lenel erwiesen hat, die meisten der vom constitutum debiti alieni handelnden Digestenstellen (zB. ll. 12, 27, 28 D. 13, 5); vom eigentlichen constitutum handeln aber zB. ll. 2, 5, §§ 2, 3 D. 13, 5. Vgl. S. 476[8].

werden, wenn es nicht vom Hauptschuldner (c. debiti proprii), sondern von einem Dritten abgegeben wurde (c. debiti alieni).

Das constitutum unterscheidet sich von der fideiussio nach Form und Inhalt.

*α.* Die fideiussio erfordert Stipulationsform, ist also ein Verbalkontrakt; das constitutum ist als pactum praetorium (S. 455) auch formlos klagbar (actio de pecunia constituta).

*β.* Die Verpflichtung des fideiussor richtet sich, wie erwähnt, nach dem jedesmaligen Bestande der Hauptschuld. Dagegen übernimmt der Konstituent eine selbständige[6]) Verpflichtung nach Maßgabe der Schuldverpflichtung des Hauptschuldners im Augenblicke der Erfüllungsübernahme. Die später die Hauptschuld treffenden Ereignisse berühren daher Rechtsbeständigkeit und Umfang des constitutum nur soweit, als sie zur Befriedigung des Gläubigers führen. Der Konstituent haftet daher selbst dann, wenn die Hauptschuld später (zB. durch Verjährung, D. 13, 5, 18, 1) untergeht; insbesondere wird der Konstituent durch Litiskontestation des Gläubigers mit dem Hauptschuldner auch schon vor Justinian nicht befreit (D. 13, 5, 18, 3). Anderseits haftet der Konstituent nicht für spätere Erweiterungen der Hauptschuld (zB. durch Erfüllungsverzug). Endlich kann das Konstitut zwar auch nicht auf mehr als die Hauptschuld gehen; eine weitergehende Übernahme ist aber nur hinsichtlich des Übermaßes (nicht, wie bei der fideiussio, überhaupt) nichtig (D. 13, 5, 11, 1). Das Konstitut kann auch auf etwas anderes gehen (zB. Übernahme der Verpflichtung bis zu einem Höchstbetrage neben einer Warenschuld) und unter anderen Nebenbestimmungen, ferner zu einem früheren Termine, für einen anderen Ort, mit einem anderen Gläubiger eingegangen werden als die Hauptschuld (nihil prohibet

---

[6]) Während also der fideiussor nach gemeinrechtlicher Ausdrucksweise dem Gläubiger gegenüber die Stellung eines Korrealschuldners hatte, hatte der Konstituent die eines „bloßen Solidarschuldners" (S. 503[3]).

et aliud pro debito constitui: D. 13, 5, 1, 5; vgl. auch l. 3 § 2, ll. 4, 5, pr. und § 2 D. 13, 5).

3. Mandatum qualificatum (Kreditauftrag).

Eine Bürgschaft kann endlich nach späterem rR.[7]) noch unter Benutzung des Mandats (S. 572) in der Weise eingegangen werden, daß jemand einem Anderen den (als Konsensualkontrakt formlos wirksamen) Auftrag erteilt, einem Dritten auf Gefahr des Auftraggebers (Mandator) Kredit zu gewähren oder zu belassen (D. 17, 1, 6, 4 und 12, 14). In dieser Form kann eine Bürgschaft auch vor Begründung der dadurch gesicherten Verbindlichkeit begründet werden (Krediteröffnungsvertrag). Der Kreditauftrag unterliegt als Art des Mandats dessen Grundsätzen: er erlischt insbesondere, wenn Auftraggeber oder Beauftragter vor der Ausführung zurücktreten oder sterben (S. 576).[8])

d. Rechtsverhältnis des Bürgen zum Gläubiger.

1. Aus der akzessorischen Natur der Bürgschaft folgt, daß der Bürge sich grundsätzlich[9]) der Einwendungen

---

[7]) Die älteren Juristen behandelten dieses mandatum aliena gratia (S. 574) als bloßen, kein Schuldverhältnis begründenden Rat.

[8]) Im Gem. Recht fiel, da die stipulatio nicht rezipiert wurde (S. 455[19]), der Formunterschied zwischen fideiussio und constitutum fort. Beide Verbürgungsformen verschmolzen zu einem einheitlichen Institut, indem die starren, dem modernen Geschäftsverkehre hinderlichen Sätze der fideiussio (als eines negotium stricti iuris, S. 477) durch die freieren Normen des Konstituts gemildert wurden. Daneben kannte das Gem. Recht auch das mandatum qualificatum.

[9]) Ungenau sagt D. 44, 1, 19: Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt.

a. Der Bürge kann sich der höchstpersönlichen Einreden des Hauptschuldners nicht bedienen, so besonders nicht des dem Hauptschuldner zustehenden beneficium competentiae (S. 434), vgl. D. 44, 1, 7, pr.: Exceptiones quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea quam socius habet exceptionem „quod facere possit", vel parens patronusve, non competit fideiussori.

b. Die exceptio SC. Macedoniani (S. 558) steht nur den Bürgen zu, die gegen den Hauptschuldner Regreß nehmen können (D. 14, 6, 9, 3: nisi forte donandi animo intercesserunt).

bedienen kann, welche dem Hauptschuldner zustehen; der Bürge kann insbesondere Forderungen des Hauptschuldners zur Aufrechnung stellen (D. 16, 2, 4 und 5).

2. Ein besonderer Rechtsbehelf des Bürgen ist die Einrede der Vorausklage. Nach älterem rR. haftete der Bürge, sofern er sich nicht ausdrücklich als bloßer fideiussor indemnitatis (S. 601) verbürgt hatte, prinzipaliter, d. h. der Gläubiger konnte sich nach seiner Wahl zuerst an den Hauptschuldner oder zuerst an den Bürgen halten (D. 46, 1, 62). In Novelle 4 c. 1 (535 n. Chr.) gab nun Justinian jedem Bürgen (fideiussor, mandator, constituens, S. 602) das beneficium excussionis personalis s. ordinis, d. h. das Recht, zu verlangen, daß der Gläubiger sich erst dann an ihn halte, wenn die Unmöglichkeit, die Leistung vom Hauptschuldner zu erlangen, feststeht[10]).

Das beneficium excussionis personalis fällt fort:

α. wenn der Bürge sich unter Verzicht darauf als Selbstschuldner verbürgt (selbstschuldnerische Bürgschaft);[11])

β. wenn die Belangung des Hauptschuldners (infolge von Abwesenheit oder festgestellter Mittellosigkeit) aussichtslos ist[12]).

3. Mitbürger (confideiussores) standen dem Gläubiger nach älterem rR. als einzelne gegenüber. Sie hafteten also dem Gläubiger jeder auf das Ganze und hatten nur

---

c. Nach D. 17, 1, 58, 1 ist dem Bürgen die Berufung auf den vom Hauptschuldner geschlossenen Zwangsvergleich nur gestattet, wenn der Gläubiger diesem zugestimmt hat.

[10]) Anders nach ABGB. § 1355: es fordert bloß, daß der Hauptschuldner eingemahnt worden sei und die Erfüllung der Verbindlichkeit unterlassen habe. Doch kann sich der Bürge Vorausklagung des Hauptschuldners ausbedingen, § 1356. — Über das beneficium excussionis realis (Verweisung des Gläubigers auf einen ihm haftenden Gegenstand) vgl. § 140 c 2 α und ABGB. § 1360.

[11]) ABGB. § 1357: „als Bürge und Zahler", es bedarf der Vorausmahnung des Schuldners nicht.

[12]) Ähnlich ABGB. § 1356 für den Fall, daß sich der Bürge nur Haftung für die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ausbedungen hat.

beim Vorliegen eines besonderen Rechtsgrunds Regreß gegeneinander (I. 3, 20, 4). Beides wurde später geändert.

*α.* Nach einer epistola Hadriani konnte der allein beklagte Mitbürge verlangen (sog. beneficium divisionis), daß der Gläubiger die Forderung auf alle Bürgen verteile „qui modo solvendo sint litis contestatae tempore" (I. 3, 20, 4). Beim Ableugnen der Bürgschaft, bei Abwesenheit der Mitbürgen und im Falle selbstschuldnerischer Bürgschaft verlor der Beklagte die Rechtswohltat (D. 46, 1, 10, pr. und 1).[13])

*β.* Zahlt ein Mitbürge mehr als den ihm zukommenden Teil, so kann er vom Gläubiger Abtretung seines Anspruchs gegen die übrigen Bürgen verlangen und daraufhin gegen diese Regreß nehmen (beneficium cedendarum actionum, unten S. 609).

4. Die Bürgschaft endigt:

*α.* infolge ihrer akzessorischen Natur mit dem (völligen, D. 46, 1, 60) Untergange der Hauptschuld[14]) (vgl. ABGB. § 1363);

*β.* wenn Hauptschuld und Bürgschaftsschuld sich — besonders infolge von Erbgang — in derselben Person vereinigen (D. 46, 1, 21, 3: quoniam quidem nemo potest apud eundem pro ipso obligatus esse), es sei denn, daß die Bürgschaftsschuld dem Gläubiger vorteilhafter ist, zB. weil der Bürge für die Erfüllung seiner Verpflichtung ein Pfand bestellt hat[15]).

---

[13]) ABGB. § 1359 hat das beneficium divisionis beseitigt; hat aber ein Bürge die ganze Schuld abgetragen, so gebührt ihm Rückersatz gegen die übrigen.

[14]) Vernichtet der Bürge schuldhafterweise den Leistungsgegenstand, so bleibt er verhaftet, obwohl der Schuldner wegen der von ihm nicht zu vertretenden Leistungsunmöglichkeit befreit wird (S. 426); vgl. D. 4, 3, 19.

[15]) Eine dem österr. Recht eigentümliche Erlöschungsart behandelt ABGB. § 1367.

e. Rechtsverhältnis des Bürgen zum Schuldner.

Das Verhältnis des Schuldners zum Bürgen, insbesondere die Frage des Regresses, ist nicht aus dem Bürgschaftsvertrage zu entscheiden — denn dieser wird mit dem Gläubiger geschlossen —, sondern aus dem die Verbürgung veranlassenden Rechtsgrunde. Dieser wird regelmäßig Auftrag oder auftragloſe Geschäftsführung sein; die Verbürgung kann aber auch donandi animo erfolgen.

Nach älterem rR. hatte der Bürge — abgesehen von der von besonderen Voraussetzungen abhängigen actio depensi, S. 603[4] — nur dann einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner, wenn ihm die actio mandati contraria (Verbürgung kraft Auftrags) oder die actio negotiorum gestorum contraria (Verbürgung kraft auftragloſer Geschäftsführung) zur Seite stand (D. 17, 1, 20, 1), also nicht, falls er sich donandi animo oder gegen Verbot des Hauptschuldners verbürgt hatte (D. 17, 1, 6, 2). Später gewährte man jedem Bürgen, indem man ihn gewissermaßen als Käufer der von ihm bezahlten Forderung behandelt, das beneficium cedendarum actionum, d. h. die Befugnis, zu verlangen, daß ihm der Gläubiger Zug um Zug gegen Erfüllung seine Ansprüche gegen den Schuldner (und etwaige Mitbürgen, S. 608) abtrete[16]).

## Vergleich.

### § 106. Vergleich.

a. Begriff und Abschluß.

1. Vergleich (transactio)[1]) ist ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein

[16]) D. 46, 1, 36: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit. In ABGB. § 1358 ist an Stelle dieser erzwingbaren (cessio necessaria) der Übergang kraft Gesetzes (cessio legis, S. 495) gesetzt. Hat der Gläubiger dem Bürgen die Schuld schenkungsweise erlassen, so behält dieser seinen Regreß (D. 17, 1, 10, 13).

[1]) D. 2, 15, C. 2, 4: De transactionibus. Vgl. ABGB. § 1380.

Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird[2]).

2. Da beim Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung keine Ungewißheit mehr vorhanden ist, so betrachten die Quellen einen Vergleich über einen rechtskräftig entschiedenen Anspruch als unzulässig (D. 2, 15, 7, pr. und 11; 12, 6, 23, 1).[3])

3. Der Vergleich ist, soweit es sich um einen wechselseitigen Verzicht handelt, als pactum de non petendo (S. 491) ohne Form verbindlich. Insoweit er die Verpflichtung zu positiven Leistungen begründet, war er als nudum pactum anfänglich unklagbar. Er wurde später aber als Innominatkontrakt behandelt und es wurde daher demjenigen, der seine Leistung bewirkt hatte, eine actio praescriptis verbis auf die im Vergleich versprochene Gegenleistung gewährt.

Vergleiche über zukünftige Alimente bedürfen der gerichtlichen Bestätigung. Eine oratio Mark Aurels bestimmte dies zunächst für vermachte Alimente (D. 2, 15, 8, pr. und 2), Gordian (C. 2, 4, 8) erstreckte dies auf alle künftigen Alimente.

b. Wirkungen des Vergleichs.

Der Vergleich soll den Streit der Parteien gleich einem rechtskräftigen Urteile beenden (C. 2, 4, 20: non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum esse). Ebenso wie die durch Urteil muß daher die durch Vergleich geschaffene Rechtslage unanfechtbar sein. Der Abschluß des Vergleichs unterliegt daher zwar den

---

[2]) Gibt eine Partei in allem nach, so liegt kein Vergleich, sondern eine Schenkung vor. ABGB. § 1381.

[3]) Aus D. 2, 15, 6: De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest quam inspectis cognitisque verbis testamenti folgerte man ferner die Unzulässigkeit eines Vergleichs unter den Erben vor der Testamentseröffnung; vgl. ABGB. § 1383. Über weitere unvergleichbare Rechtsverhältnisse nach österr. Rechte siehe ABGB. §§ 1382 und 1384.

gleichen Anfechtungsgründen (wegen Zwangs, Betrugs, Irrtums) wie jeder Vertrag. Insbesondere ist der Vergleich anfechtbar, wenn der von den Parteien als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht; dagegen kann ein Irrtum über die von den Parteien als zweifelhaft behandelten Punkte die Unwirksamkeit nicht herbeiführen; denn dagegen soll der Vergleich ja gerade schützen[4]); ebenso ABGB. §§ 1385 ff.

## Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

### § 107. Abstrakte Schuldverträge.

Die vertragsmäßige Übernahme einer Leistungspflicht kann gleich der Eingehung anderer Rechtsgeschäfte (S. 235) erfolgen: entweder unter Hervorhebung des rechtlichen Zwecks (der causa, kausaler Schuldvertrag, zB.: „Ich verpflichte mich, an B für das mir am 1. Juni 1905 zu übergebende, von ihm gekaufte Pferd am 1. Juli 1905 1000 K. zu zahlen") oder ohne eine solche Hervorhebung (abstrakter Schuldvertrag, zB.: „Ich verpflichte mich am 1. Juli 1905 an B 1000 K. zu zahlen"). Dies abstrakte Schuldversprechen hat wegen der Loslösung von der unterliegenden causa einen größeren wirtschaftlichen Wert, als das kausale.

---

[4]) Auch wenn nach Abschluß des Vergleichs (zB. durch Auffindung von Urkunden) die als zweifelhaft behandelten Punkte aufgeklärt werden (C. 2, 4, 19: Sub praetextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi iura non patiuntur; ABGB. § 1387). Ist also in einem Testamente der gesetzliche Erbe A und neben ihm ein nicht gesetzlicher Erbe B eingesetzt und findet A den B wegen seiner Erbansprüche mit 10000 K. ab, so ist, falls das Testament später wegen eines Formfehlers als nichtig festgestellt wird, der Vergleich anfechtbar, wenn der Streit der Parteien sich nur auf die Höhe des dem B gehörenden Teils beschränkte, die Parteien die Rechtsgültigkeit des Testaments also zugrunde legten, dagegen unanfechtbar, wenn der Streit sich auf die Rechtsgültigkeit des Testaments bezog. Über den Umfang des Vergleichs vgl. D. 2, 15, 5: lites, de quibus non est cogitum, in suo statu retinentur; für das österr. Recht vgl. ABGB. § 1389.

Denn bei letzterem muß der Gläubiger bei Geltendmachung seines Anspruchs im Falle des Bestreitens des Schuldners beweisen, daß die causa (die Übergabe des gekauften Pferdes) verwirklicht ist, während das abstrakte Schuldversprechen ohne weiteres den Anspruch begründet und es Sache des Schuldners ist, nachzuweisen, daß er trotz dieses Versprechens nichts schulde; vgl. S. 235.

Der wichtigste Schuldvertrag des rR., die stipulatio, war anfänglich ein abstraktes Geschäft; allmählich wandelte sie sich jedoch in ein kausales Geschäft um, indem eine der Angabe eines Schuldgrunds entbehrende cautio indiscreta für sich keinen genügenden Klagegrund bildete, vielmehr durch den dem Gläubiger obliegenden Nachweis der unterliegenden causa ergänzt werden mußte (S. 446).[1])

## Anweisung.

### § 108. Die Anweisung.

Anweisung (Assignation) ist eine Erklärung, durch die jemand (Anweisender, Assignant) einen Anderen (Angewiesener, Assignat) ermächtigt, an einen Dritten (Anweisungsempfänger, Assignatar) für Rechnung des Anweisenden zu leisten, und durch die er gleichzeitig den Dritten ermächtigt, diese Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben (vgl. ABGB. § 1400).

Die Anweisung ist also eine Leistungs- und Einziehungsermächtigung. Sie hat sich erst im modernen Rechtsverkehr zu einem selbständigen Rechtsinstitut entwickelt[1]) und ist daher an dieser Stelle nicht weiter zu behandeln.

---

[1]) Dem Gem. Recht, in welches die stipulatio überhaupt nicht übergegangen war, waren hiernach abstrakte Schuldverträge anfänglich fremd. Über die spätere Entwicklung vgl. oben S. 446[11].

[1]) Die Ermächtigung zu einer Einziehung oder zur Bewirkung einer Leistung war freilich auch schon dem rR. bekannt (iussus, delegatio; vgl. zB. D. 50, 17, 180: Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset); sie unterstand aber nicht

## Schuldverschreibung auf den Inhaber.

### § 109. Wertpapiere.

a. Wertpapier ist eine Urkunde, in welcher ein Recht verbrieft ist, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde bedingt ist. Nur wer die Urkunde hat, kann das Recht ausüben. Dadurch unterscheidet sich das Wertpapier:

1. von solchen Urkunden, welche lediglich die Bedeutung von Beweismitteln haben (sog. schlichte Beweisurkunden, zB. der Darlehnsschuldschein);

2. von solchen Urkunden, die zwar für die Entstehung des Rechts von Bedeutung sind, weil das Recht die Schriftform vorschreibt (sog. Dispositivurkunden, vgl. zB. ABGB. §§ 1178 u. 1391, EPO. § 577), nicht aber für die Verwertung des einmal rechtsgültig entstandenen Rechts.

---

besonderen Grundsätzen, wie die heutige Anweisung. Vielfach beruht eine derartige Ermächtigung auf Auftrag und das frühere Gem. R. unterstellte sogar jede Anweisung — als ein aus einem mandatum solvendi und einem mandatum accipiendi zusammengesetztes Doppelmandat — den Grundsätzen des Auftrags. Tatsächlich beruht die Anweisung, also die Leistungs- und Einziehungsermächtigung, ebenso wie die Vollmacht (S. 307) zwar häufig, aber durchaus nicht immer auf einem Auftrag; sie wird vielmehr vielfach im ausschließlichen Interesse des Empfängers gegeben und es besteht für diese Fälle nicht — wie beim Auftrag — eine Pflicht zur Einziehung. Erst das moderne Recht ist durch Ausbildung besonderer Rechtsgrundsätze der Eigenart des Instituts gerecht geworden. Als einzigen Sondergrundsatz des rR. pflegt man den Satz zu bezeichnen: qui delegat, solvit, d. h. gibt A seinem Gläubiger B eine Anweisung auf seinen Schuldner C und verpflichtet sich C darauf dem B, so ist A befreit (D. 17, 1, 26, 2; 46, 1, 18; 50, 16, 187). Dieser Satz ist aber nur eine natürliche Folge des Umstands, daß durch Annahme des C als Schuldners an Stelle des A das Forderungsrecht des B gegen A durch Novation beseitigt ist (S. 477). Für das Gem. R. und das ABGB. § 1406 gilt dagegen der umgekehrte Satz: Anweisung ist keine Zahlung, d. h. die Schuld des A gegen B wird nicht schon durch die Annahme der Anweisung seitens des C getilgt, sondern erst, wenn C wirklich zahlt. Anders nur, wenn B den C als Alleinschuldner anzunehmen erklärt (ABGB. § 1407).

b. Ist hiernach ein Wertpapier nur eine solche Urkunde, ohne deren Innehabung das darin verbriefte Recht nicht geltend gemacht werden kann, so folgt daraus doch nicht, daß jeder Inhaber des Wertpapiers zur Geltendmachung des Rechts befugt ist. Vielmehr muß man nach der Art, in der die Befugnis zur Geltendmachung des Rechts bestimmt ist, unterscheiden:

1. Rektapapiere, wenn der im Papier Benannte (oder sein nach den allgemeinen Grundsätzen sich bestimmender Rechtsnachfolger),

2. Orderpapiere, wenn der im Papier Benannte oder derjenige, der das Papier laut „Order" des ersteren erlangt hat, also der papiermäßig Legitimierte,

3. Inhaberpapiere, wenn jeder Papierinhaber zur Geltendmachung des verbrieften Rechts berufen ist.

c. Die Lehre von den Wertpapieren entstammt dem deutschen Recht und hat ihre Ausbildung im modernen Recht erhalten. Ihre Darstellung gehört daher nicht hierher.

## Vorlegung von Sachen.

### § 110. Vorlegung von Sachen und Urkunden.

a. Exhibition[1]).

Wer einen (dinglichen oder obligatorischen) Anspruch auf eine Sache hat, ist berechtigt, deren Vorweisung (Vorlegung, Gestattung der Besichtigung) seitens des Inhabers mit einer actio (arbitraria, S. 351) ad exhibendum zu verlangen (D. 10, 4, 2: Exhibere est facere in pu-

[1]) D. 10, 4: Ad exhibendum, anschließend an die drei Teilungsklagen (S. 353). Besondere Vorschriften galten für die Exhibition eines freien Menschen (interdictum de homine libero exhibendo, D. 43, 29, C. 8, 8) und der Gewaltunterworfenen (interdictum de uxore exhibenda et ducenda, de liberis exhibendis, D. 43, 30, C. 8, 8); vgl. jetzt ABGB. § 145. Vgl. ferner über die Verpflichtung zur Gestattung des Auflesens von Früchten (interdictum de glande legenda) unten § 119 b 6.

blico potestatem, ut ei qui agat experiundi sit copia). Der Hauptfall (D. 10, 4, 1) war die Klage des Eigentümers einer mit einer anderen verbundenen Sache auf Vorweisung dieser Sache als einer selbständigen, d. h. unter Herbeiführung der Trennung[2]). Denn die rei vindicatio kann nach rR. nur auf eine selbständige Sache gehen (D. 6, 1, 23, 5). In diesem Falle dient also die actio ad exhibendum zur Vorbereitung der rei vindicatio. Sie ist aber auch zulässig zur Vorbereitung sonstiger dinglicher Ansprüche (D. 10, 4, 3, 3), sowie zur Ermöglichung der Geltendmachung eines Wahlrechts (D. 10, 4, 3, 6) oder der Abholung einer in den Machtbereich eines Anderen gelangten Sache (D. 10, 4, 5, 4 und 5).[3])

b. Edition[4]).

In noch weiterem Umfange ist der Besitzer einer Urkunde zu deren Vorlegung (Edition) verpflichtet. Insbesondere muß der Besitzer einer letztwilligen Verfügung diese jedem vorlegen, der den Kalumnieneid leistet (interdictum de tabulis exhibendis, D. 43, 5, C. 8, 7), d. h. schwört, daß er ein Interesse an der Vorlegung hat, diese nicht aus bloßer Schikane verlangt. Ferner kann jede Partei vom Gegner im Prozesse die Vorlegung seiner Geschäftsbücher verlangen (C. 2, 1, 5 und 6), der Fiskus sogar die Vorlegung aller für ihn erheblichen Urkunden (D. 49, 14, 2, 1 und 2); Argentarien (S. 604[5]) sind zur Vorlegung ihrer Geschäftsbücher an die Interessenten auch außerhalb eines Prozesses verpflichtet (D. 2, 13, 4 und 6). Endlich ver-

---

[2]) D. 10, 4, 6: Gemma inclusa auro alieno vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest: aliter atque in tigno iuncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret: sed actione de tigno iuncto ex eadem lege in duplum agitur; vgl. S. 204[6] und §§ 112[7], 123 a 1, 127 c.

[3]) Das ABGB. hat die actio ad exhibendum nicht übernommen. Betreffs des Anspruchs auf Vorzeigung im Beweisverfahren vgl. CPO. § 369.

[4]) D. 2, 13, C. 2, 1: De edendo.

ordnete Justinian in der (nicht glossierten, daher — S. 143 — nicht Gemeines Recht gewordenen) l. 22 C. 4, 21, daß jeder Inhaber einer Urkunde sie jedem Interessenten vorweisen müsse, wenn er hierdurch nicht Schaden erleide[5]).

Wer eine Vorlegung, zu der er verpflichtet ist, verweigert, haftet auf das Interesse (D. 2, 13, 6, 4; 10, 4, 9, 8; 43, 5, 3, 11—15).

## Ungerechtfertigte Bereicherung.

### § 111. Ungerechtfertigte Bereicherung.

a. Begriff.

1. Ungerechtfertigt bereichert ist, wer durch die Leistung eines Anderen (zB. Auflassung, Übergabe, Abtretung, Erlaß) oder in sonstiger Weise (zB. Wegnahme, Zulaufen eines Tieres) etwas ohne rechtlichen Grund, d. h. ohne einen den Rechtsübergang rechtfertigenden Umstand (iusta causa) erlangt hat[1]).

2. Die ungerechtfertigte Bereicherung muß dem Geschädigten zurückgewährt werden (D. 50, 17, 206: Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem). Die Beseitigung einer ungerechtfertigten Vermögensverschiebnng ist nun auf verschiedenen Wegen möglich:

*α.* Zuweilen ist ein dinglicher Anspruch gegeben, nämlich dann, wenn die Vermögensverschiebung nur tatsächlich, aber noch nicht rechtlich eingetreten ist (zB. A stiehlt dem B eine Uhr: B klagt auf Grund des bei ihm verbliebenen Eigentums mit der rei vindicatio auf Rückgabe).

---

[5]) Über die Editionspflicht nach österr. Recht vgl. HGB. Art. 37 und CPO. §§ 303—309 und 318.

[1]) Die bloße Tatsache, daß jemand auf Kosten eines Anderen bereichert ist, genügt also nicht, denn dies tritt auch bei jeder unentgeltlichen Zuwendung ein; vgl. D. 12, 7, 1, 3: Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam.

β. In anderen Fällen ist dagegen nur ein persönlicher Ersatzanspruch gegeben, nämlich dann, wenn die Vermögensverschiebung auch rechtlich schon bewirkt, insbesondere dem Geschädigten das Eigentum eines Vermögensstückes verloren gegangen ist. Hierbei sind wieder zwei Fälle zu unterscheiden:

a. Es besteht zwischen dem Geschädigten und dem rechtlos Bereicherten ein Vertragsverhältnis: dann dient die Vertragsklage zur Herbeiführung des Ausgleichs. Hat B zB. das ihm von A zur Verwahrung gegebene Geld verbraucht, so klagt A mit der actio depositi directa auf Ersatz.

b. Es besteht zwischen dem Geschädigten und dem rechtlos Bereicherten kein Vertragsverhältnis; dann ist weiter zu unterscheiden:

1) Die Herbeiführung der Vermögensverschiebung stellt ein Delikt dar: dann kann der Geschädigte den Ersatz mit der Deliktsklage erlangen. Hat zB. B dem A eine Sache gestohlen und sie verbraucht, so haftet er ihm mit der actio furti.

2) Für die übrigen Fälle, wenn also weder eine dingliche, noch eine Kontrakts-, noch eine Deliktsklage gegeben ist, hat das rR. zur Beseitigung einer ungerechtfertigten Vermögensverschiebung besondere, subsidiär anwendbare Rechtsbehelfe geschaffen: die Kondiktionen[2]). Diese sind hier-

---

[2]) Condictio (S. 356[14]) bedeutete ursprünglich actio stricti iuris. Sie konnte deshalb anfänglich nur auf eine genau bestimmte Leistung gehen (condicti certi, d. h. certae pecuniae, und condictio triticaria), erst später auch auf ein incertum (condictio incerti). Später übertrug man den Ausdruck auf die Fälle, in denen Vermögensstücke außerhalb eines Kontrakts und ohne Rechtsgrund übergingen. Die Kondiktionen wurden daher gemeinrechtlich unter den obligationes quasi ex contractu (S. 395[3]) behandelt.

Die Kondiktionen im weiteren Sinn (einschließlich der condictiones certi und triticaria) finden sich im 12. und 13. Buch der Digesten und im 4. Buch des Codex:

D. 12, 1: De rebus creditis si certum petetur et de condictione (C. 4, 1: De rebus creditis et de iure iurando; 4, 2: Si certum petatur);

nach persönliche Klagen auf Beseitigung einer, einer iusta causa entbehrenden, Vermögensverschiebung[3]) in Fällen, in denen weder eine Kontrakts- noch eine Deliktsklage anwendbar ist. Sie sind hauptsächlich dann verwendbar, wenn ein Vermögensstück durch ein abstraktes Rechtsgeschäft aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen überführt worden ist, während ein dieser Eigentumsübertragung zugrunde liegendes Kausalgeschäft nicht vorhanden oder nicht wirksam ist.

### b. Die einzelnen Kondiktionsfälle.

Neben der allgemeinen Bereicherungsklage (condictio sine causa) gibt es für einzelne Tatbestände noch besondere Kondiktionen. Man unterscheidet unter diesen: condictiones ob causam futuram und ob causam praeteritam, je

---

D. 12, 4: De condictione causa data causa non secuta (C. 4, 6: De condictione ob causam datam);
D. 12, 5: De condictione ob turpem vel iniustam causam (C. 4, 7: De condictione ob turpem causam: 4, 9. De condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa);
D. 12, 6 (C. 4, 5): De condictione indebiti;
D. 12, 7 (C. 4, 9): De condictione sine causa;
D. 13, 1 (C. 4, 8): De condictione furtiva;
D. 13, 2 (C. 4, 9): De condictione ex lege;
D. 13, 3: De condictione triticaria.

[3]) In einem Falle gewährt das rR. eine condictio, obwohl eine Vermögensverschiebung noch gar nicht eingetreten und neben der hiernach zulässigen Eigentumsklage außerdem noch eine Deliktsklage gegeben ist, nämlich im Falle des furtum (proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse, D. 7, 9, 12 i. f.). Hierbei kann der Dieb (nicht auch sein Gehilfe, D. 13, 1, 6) außer mit der rei vindicatio und der actio furti (unten § 112 b β) auch mit einer condictio furtiva (D. 13, 1, C. 4, 8) belangt werden (I. 4, 6, 14: odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur; D. 13, 1, 1: In furtiva re soli domino condictio competit). Die condictio furtiva — die auch weniger den Charakter einer Bereicherungsklage als den einer Deliktsklage hatte — hatte jedoch ihre selbständige Bedeutung; sie geht weiter als die rei vindicatio (unten § 127 d), insofern sie — nach dem Grundsatze „semper moram fur facere videtur" (S. 428), auf vollen Schadensersatz geht (D. 13, 1, 8 und 20) und weiter als die actio furti, insofern sie unbeschränkt (vgl. unten S. 624) auch gegen die Erben des Diebes geht (D. 13, 1, 9).

Über die condictio possessionis vgl. unten § 116[10].

nachdem die Leistung, deren Rückgewähr beansprucht wird, bewirkt worden ist zur Herbeiführung eines künftigen Erfolges (so die cond. causa data causa non secuta, und die cond. ob turpem causam) oder aus einem in der Vergangenheit liegenden Anlasse (so die condictio indebiti und die condictio ob iniustam causam).

1. Condictio indebiti (D. 12, 6, C. 4, 5; ABGB. §§ 1431 ff.).

*α.* Zurückgefordert werden kann, was auf eine vermeintliche, aber in Wahrheit nicht bestehende Schuld geleistet ist.

a. Zurückgefordert kann nicht werden, was geleistet ist:

1) in Kenntnis der Nichtverpflichtung (D. 12, 6, 1, 1: si sciens se non debere, solvit, cessat repetitio, ebenso ABGB. § 1432)[4]) oder in unentschuldbarer[5]) Unkenntnis (D. 22, 3, 25, pr. i. f., anders ABGB. § 1431);

2) auf eine Naturalobligation (S. 436, ebenso und weitergehend ABGB. § 1432).

3) auf eine Schuld, welche sich (wie zB. eine Urteilsforderung) verdoppelt, wenn der Schuldner es auf ein Urteil ankommen läßt (I. 3, 27, 7: ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse), weil hier die Zahlung als zur Vermeidung der Doppelzahlung geschehen unterstellt wird (ähnlich D. 12, 6, 42: Poenae non solent repeti, cum depensae sunt);

4) auf eine noch nicht fällige Schuld (D. 12, 6, 10: In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit, anders natürlich wenn auf eine suspensiv-bedingte Schuld pendente conditione geleistet

---

[4]) Dann wird Schenkung unterstellt; D. 50, 17, 53: Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est. Wird diese Unterstellung durch einen Vorbehalt des Leistenden ausgeschlossen, so findet Rückforderung statt (D. 12, 6, 2, pr., C. 4, 5, 11).

[5]) Als unentschuldbar gilt in der Regel der Rechtsirrtum (S. 257), auf den daher die condictio indebiti nicht gegründet werden kann (D. 22, 6, 9, 5); anders ausdrücklich ABGB. § 1431.

wird, D. 12, 6, 16, pr.; ABGB. § 1434); der vorzeitig Zahlende kann auch nicht die Erstattung des interusurium verlangen (S. 417);

b. Dagegen kann zurückgefordert werden, was geleistet ist:

1) auf eine bestehende, aber durch eine peremtorische Einrede (S. 367) entkräftbare Schuld[6];

2) auf eine Schuld, die durch Aufrechnung hätte getilgt werden können (D. 16, 2, 10, 1: Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto; ebenso ABGB. arg. § 1438);

3) auf eine fremde Schuld, die der Zahlende für eine eigene hält[7]; ebenso ABGB. § 1431 verbis: „wozu er (der Leistungsempfänger) gegen den Leistenden kein Recht hat";

4) wenn auf eine Wahlschuld beide Gegenstände geleistet sind, einer derselben nach Wahl des Leistenden, falls er die Wahl auch vorher hatte (ABGB. § 1436; S. 401), vgl. C. 4, 5, 10;

5) als Speziesschuld, während in Wahrheit eine Genusschuld bestand; dann kann ein anderer Gegenstand geleistet werden (D. 12, 6, 32, 3).

β. An sich muß der zurückfordernde Kläger beweisen, daß auf eine Nichtschuld gezahlt ist. Nach rR. ist aber der Beklagte beweispflichtig, wenn er frivolerweise den Empfang der Leistung bestreitet oder der Leistende eine geschäftsunkundige Person ist[8].

---

[6]) D. 12, 6, 26, 3: Indebitum autem solutum accipimus non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat: quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit (Anm. 4).

[7]) D. 12, 6, 65, 9: Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat. Zahlt aber jemand wissentlich eine fremde Schuld (S. 414), wenn auch in der irrigen Meinung, dazu dem Schuldner gegenüber verpflichtet zu sein, so hat er die condictio indebiti nicht; D. 12, 6, 44: Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est.

[8]) Vgl. die lehrreiche Stelle D. 22, 3, 25, pr. und 1.

2. Condictio causa data causa non secuta[9]) oder ob causam datam oder ob rem (D. 12, 4, C. 4, 6, vgl. ABGB. § 1435).

Diese condictio greift Platz, wenn eine Leistung zur Herbeiführung eines zukünftigen erlaubten Erfolges (ob causam futuram non inhonestam) gemacht wird, der bezweckte Erfolg aber nicht erreicht wird; zB. A händigt dem Bräutigam seiner Tochter 10000 K. als Mitgift ein, die Tochter stirbt vor der Hochzeit (D. 12, 4, 7, 1; vgl. ABGB. § 1247); A entläßt seinen Schuldner B, der sich verpflichtet, ihm C als neuen Schuldner zu stellen, C gibt die Verpflichtungserklärung nicht ab (D. 12, 4, 4). Ihre Hauptanwendung fand diese Klage bei den Innominatkontrakten (S. 453) und dem Modus (S. 537).

3. Condictio ob turpem und ob iniustam causam (D. 12, 5, C. 4, 7; ABGB. § 1174).

Mit der cond. ob turpem causam wird das zu einem zukünftigen unsittlichen Zwecke (ob causam futuram, zB. Nichtanzeige eines Verbrechens), mit der cond. ob iniustam causam das aus einem in der Vergangenheit liegenden unsittlichen Grunde (ob causam praeteritam, zB. Wucherzinsen) Gegebene zurückgefordert. Vorausgesetzt ist, daß die Unsittlichkeit nur auf seiten des Empfängers, nicht auf seiten des Gebers vorliegt; bei beiderseitiger turpitudo fällt das Rückforderungsrecht fort[10]). Bei bloßem Versprechen ex

---

[9]) Das bedeutet sprachlich: eine Rückforderung, weil der Zweck nicht nachfolgte (causā non secutā ist also ablativus absolutus) dem um eines Zwecks willen Gegebenen (causā datā; causa ist Ablativ, abhängig von data; dieses ist accusativus pluralis von datum); vgl. D. 19, 5, 5, 1 („quasi ob rem datum re non secuta").

[10]) „In pari turpitudine melior est causa possidentis". Vgl. D. 12, 5, 3 und 6; ferner D. 12, 5, 4, 3: Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix. Vgl. noch StGB. § 105 (das zur Bestechung Gegebene verfällt dem Armenfonds des Ortes der begangenen Tat).

turpi causa steht der Klage auf Erfüllung die exceptio doli entgegen (D. 12, 5, 8; vgl. ABGB. § 878).

4. Condictio sine causa (D. 12, 7, C. 4, 9).

Greift keine der vorerwähnten Sonderklagen ein, so ist subsidiär die allgemeine condictio sine causa anwendbar. Es kann sich hierbei um einen von vornherein grundlosen Erwerb handeln (zB. A übergibt dem B 1000 K. als Darlehen, B nimmt sie als Schenkung an, oben S. 258, oder der Fall der sog. condictio Iuventiana, Irrtum über die Person des Darlehnsgebers, oben S. 258[7]; vgl. ferner zB. D. 12, 1, 23 und 24, 1, 6; dann für das österr. Recht ABGB. § 1433); oder um einen durch späteren Fortfall der ursprünglich vorhanden gewesenen causa grundlos gewordenen Erwerb (sog. condictio causa finita; ABGB. § 1435), zB. beim Widerruf einer Schenkung wegen Undankbarkeit (S. 536), bei der Rückforderung der arra sowie der Schuldurkunde nach vollständig erfülltem oder aufgehobenem Vertrage (D. 12, 7, 2; 19, 1, 11, 6, S. 466, C. 4, 9, 2).

c. Gegenstand der Kondiktion:

Der Verpflichtete haftet auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung, d. h. bei Geldschulden auf „tantundem", bei anderen Fungibilien und sonstigen Gegenständen auf „ipsum" (D. 12, 6, 7), so daß aber zB. bei Konsumtion des Empfangenen der Preis zu erstatten ist (D. 12, 6, 665, 6). Akzessionen und Früchte sind heraus zu geben (D. 12, 65, 5); jedoch werden Zinsen gemäß der strikten Natur dieser Klagen gewöhnlich nicht geschuldet (C. 4, 7, 4). Unter Umständen geht der Anspruch auf Schadensersatz, zB. infolge Unredlichkeit des Empfängers (D. 12, 6, 65, 8), oder es haftet der wissentlich eine Nichtschuld Annehmende wie ein fur, d. h. auch für casus (D. 13, 1, 18, D. 13, 1, 8, 1); vgl. ABGB. §§ 1437, 329—332, 335 und 336.

## Unerlaubte Handlungen.

### § 112. Obligationes ex delicto.

a. Begriff des Delikts.

1. Delikt (widerrechtliche Handlung) ist jede schuldhafte rechtswidrige Verletzung fremder rechtlich geschützter Interessen. Ein solcher rechtswidriger Eingriff kann im entwickelten Rechtssystem den Täter in doppelter Weise verantwortlich machen.

α. Der Eingriff kann im öffentlichen Interesse mit einer öffentlichen Strafe belegt sein (crimen publicum, strafbare Handlung im Sinne der Strafgesetze).

β. Der Eingriff kann aber auch[1]) civilrechtliche Folgen nach sich ziehen, dergestalt, daß der Täter den Verletzten zu entschädigen hat. Dies kann nur in Geld geschehen und die Entschädigungspflicht tritt daher nach rR. stets, nach modernem Rechte wenigstens grundsätzlich nur bei solchen Delikten ein, die die Vermögenssphäre betreffen (oben S. 459).

2. Die strenge Sonderung der strafrechtlichen und der civilrechtlichen Folgen eines Delikts (ABGB. §§ 1338 ff., StGB. § 42), zu deren Geltendmachung auch verschiedene Verfahrensarten (Strafprozeß, Civilprozeß) gegeben sind[2]), ist erst ein Ergebnis der neueren Rechtsentwicklung. Das Strafensystem des rR. war sehr lückenhaft, zu seiner Ergänzung dienten die civilrechtlichen Deliktsklagen, welche deshalb vielfach nicht bloß auf Schadensersatz gingen (actiones rei persecutoriae), sondern auf Erlegung einer Strafe an den Kläger (actiones poenales), sei es anstatt

---

[1]) Es gibt unerlaubte Handlungen, die nur strafrechtliche, nicht auch civilrechtliche Folgen nach sich ziehen (zB. Majestätsbeleidigung), ferner solche, die nur civilrechtliche, nicht auch strafrechtliche Folgen haben (nicht strafbar ist die fahrlässige Sachbeschädigung), und endlich auch solche, die den Täter sowohl strafrechtlich als auch civilrechtlich verantwortlich machen (zB. Diebstahl, vorsätzliche Sachbeschädigung).

[2]) Über die Geltendmachung civilrechtlicher Ansprüche im Strafprozesse (Adhäsionsverfahren) vgl. ABGB. §§ 1338 und 1340, StPO. §§ 4, 47 und 365 ff.

des Schadensersatzes (actiones mere poenales) oder daneben (actiones mixtae); vgl. S. 354.

Aus dem Charakter der actiones poenales als privater Strafklagen erklärt sich ihre von der Behandlung anderer civilrechtlicher Ansprüche abweichende rechtliche Gestaltung.

*α.* Bestraft werden kann nur der Täter. Während daher die actiones rei persecutoriae passiv vererblich sind, gehen die actiones poenales nicht gegen den Erben, außer auf die Bereicherung[3]).

*β.* Strafklagen, welche eine persönliche Genugtuung des Verletzten bezwecken (actiones vindictam spirantes), sind bis zur Litiskontestation (S. 374[3]) unvererblich; die sonstigen Strafansprüche bilden aber einen Bestandteil des Vermögens des Verletzten und sind daher aktiv vererblich.

*γ.* Die actiones rei persecutoriae bezwecken Entschädigung des Verletzten; die von einem der mehreren Mittäter geleistete Entschädigung befreit deshalb alle. Dagegen gehen die actiones poenales ihrem Strafcharakter entsprechend gegen jeden der mehreren Deliktsgenossen in voller Höhe. Hier gilt also das Prinzip der Kumulation, dort das der Solidarhaftung (S. 503[2] ff.).

3. Nicht jeder rechtswidrige Eingriff in ein fremdes Rechtsgut macht den Täter verantwortlich. Zu der objektiven Rechtswidrigkeit muß nämlich die subjektive Rechtswidrigkeit treten, d. h. dem Täter muß, wie auch die S. 623 gegebene Begriffsbestimmung des Delikts zeigt, ein Verschulden zur Last gelegt werden können[4]). Das rR. ging sogar noch weiter: nicht jeder schuldhafte rechtswidrige Eingriff galt als Delikt. Zwar macht vorsätzlich rechtswidriges

---

[3]) Über die spätere Einschränkung dieses Grundsatzes vgl. oben S. 374[3].

[4]) Anders das deutsche Recht, welches auf dem sog. Veranlassungs- — oder Erfolghaftungs- — prinzip beruhte. Auch das ABGB. hat das dem rR. zugrunde liegende Verschuldensprinzip angenommen, jedoch mit einzelnen Ausnahmen; vgl. §§ 1306—1310 (Haftung aus einer schuldlosen oder unwillkürlichen Handlung), §§ 1311 und 1312 (Haftung für Zufall), §§ 1313—1319 (Haftung für fremde Handlungen), §§ 1320—1322 (Haftung für Tiere).

Handeln den Täter stets verantwortlich (actio doli, sofern keine Sonderklage Platz greift, S. 263); bloß fahrlässig rechtswidriges Handeln dagegen macht den Täter nur dann verantwortlich, wenn die Handlung den Tatbestand eines der anerkannten Privatdelikte (unten b) oder Quasidelikte (unten c) erfüllte. Allmählich wurde das Anwendungsgebiet der einzelnen Delikte von der Praxis durch Gewährung von actiones utiles und in factum sehr erweitert; das rR. hat sich aber auch auf der Höhe seiner Entwicklung nicht zu einem allgemeinen Deliktsbegriffe und zu dem Grundsatze durchgerungen, daß jedes schuldhafte rechtswidrige Handeln den Täter verantwortlich mache (anders ABGB. §§ 1295 und 1294).

b. Die einzelnen Privatdelikte.

1. Furtum (D. 47, 2, C. 6, 2: De furtis).

α. Begriff.

a. Furtum[5]) est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve (D. 47, 2, 1, 3).[6]) Als furtum gilt nur die Entwendung von Privatgut; die Entwendung von res sacrae (S. 216) ist als sacrilegium, die Entwendung von res publicae als peculatus besonderen

[5]) Über die Terminologie des Wortes furtum vgl. D. 47, 2, 1, pr.: Furtum a furuo, id est nigro dictum Labeo ait, quod clam et obscuro fiat et plerumque nocte: vel a fraude, ut Sabinus ait: vel a ferendo et auferendo: vel a Graeco sermone qui φῶρας appellant fures: immo et Graeci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerunt.

[6]) Der Begriff des furtum deckt sich nicht mit dem des Diebstahls im Sinne des StGB. § 171.

Das furtum ist umfassender als der Diebstahl, denn dieser erfordert begrifflich, daß eine fremde bewegliche Sache einem Anderen weggenommen ist, während das furtum einmal auch das Sichvergreifen an einer (beweglichen, D. 47, 2, 25) Sache umfaßt, die der Täter schon im Besitz hat (Veruntreuung, StGB. § 181), und ferner nicht nur bei Aneignung der Sache selbst (furtum rei), sondern auch bei bloßer unbefugter Benutzung (furtum usus) oder Besitzaneignung (furtum possessionis) vorliegt.

Strafvorschriften unterstellt. Ein besonderes Delikt stellt auch die Entwendung von Sachen dar, die zu einer noch nicht angetretenen Erbschaft gehören (crimen expilatae hereditatis, unten § 122[6]), ferner die gewaltsame Entwendung (rapina, unten 2) und die schon in den 12 Tafeln erwähnte Unterschlagung von Mündelgeld (actio rationibus distrahendis, D. 27, 3). Besonders gestaltet ist endlich die ebenfalls schon durch die 12 Tafeln geordnete unbefugte Verwendung fremden Baumaterials oder fremder Rebpfähle (tignum aedibus vineaeve iunctum, S. 615[2]) und die unberechtigte Niederschlagung von Bäumen. Für das erstere Delikt ist eine besondere actio de tigno iuncto (D. 47, 3), für das letztere eine actio arborum furtim caesarum (D. 47, 7), welche vermutlich an die Stelle der actio de arboribus succisis der 12 Tafeln trat (S. 149[2]), auf das Doppelte des Werts gegeben[7]).

b. Wegen der verschiedenen Folgen (unten $\beta$) wird schon in den 12 Tafeln zwischen dem furtum manifestum und dem furtum nec manifestum unterschieden. Furtum manifestum liegt vor, wenn der Dieb auf frischer Tat oder am Tatorte oder bevor er das Gestohlene in Sicherheit gebracht hat, ergriffen oder wenigstens gesehen wird (I. 4, 1, 3).

---

[7]) Und zwar auch dann, wenn der Täter gutgläubig war, also ein furtum nicht vorliegt. Bei der actio de tigno iuncto wird der gutgläubige Täter jedoch durch Erlegung des duplum Eigentümer der verbauten Gegenstände, während der bösgläubige sie für den Fall der späteren Lösung aus der Verbindung dem Eigentümer wieder zurückgeben muß. Nur ist letzterem aus baupolizeilichen Rücksichten ein Anspruch auf Herbeiführung dieser Lösung in jedem Falle versagt; sein Eigentum „ruht" also inzwischen. Vgl. D. 47, 3, 1: Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur): sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem. Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria. Vgl. S. 615[2].

### β. Rechtsfolgen aus dem furtum.

#### a. Actio furti.

1) Nach den 12 Tafeln war eine Privatstrafklage auf das Doppelte des Entwendeten nur im Falle eines furtum nec manifestum gegeben (actio furti nec manifesti, sog. duplione damnum decidere); gegen den fur manifestus trat dagegen Kapitalstrafe ein, falls er den Geschädigten nicht abfand (pro fure damnum decidere, vgl. D. 13, 1, 7, pr.). Durch das prätorische Recht wurde an die Stelle dieser Kriminalstrafe eine Privatstrafklage (actio furti manifesti) auf das Vierfache gesetzt (G. 3, 189 ff.).

2) Im justinianischen Recht entspringt hiernach dem furtum manifestum die actio furti manifesti auf das Vierfache, dem furtum nec manifestum die actio furti nec manifesti auf das Doppelte[8]). Beide sind infamierend und daher Respektspersonen (den Eltern, dem Patron) gegenüber unzulässig. Unter Ehegatten sind Diebstahlsklagen nicht zulässig; geschieht die Veruntreuung jedoch während einer schwebenden Ehescheidung, so ist eine besondere Ersatzklage, die actio rerum amotarum, gegeben (unten § 144 b 4); vgl. StGB. § 189.

3) Die actio furti stand dem zu „cuius interest, furtum factum non esse". Ein solcher „Interessent" konnte außer dem Eigentümer und einem dinglich Berechtigten, zB. einem Nießbraucher, auch ein obligatorisch Interessierter sein, zB. ein Depositar, Kommodatar, Pfandgläubiger, sofern sie dem Eigentümer wegen ungenügender Beaufsichtigung der entwendeten Sache regreßpflichtig sind, nicht aber zB. der Käufer vor der Übergabe (D. 47, 2, 10—15).

Die actio furti richtet sich nicht nur gegen den fur selbst, sondern auch gegen jeden Anstifter und Gehilfen

---

[8]) Nicht in das justin. R. übergegangen sind die den 12 Tafeln entstammenden Strafklagen auf Grund des furtum lance et licio conceptum.

(cuius ope consilio furtum factum est), gegen den letzteren natürlich nur als actio furti nec manifesti (I. 4, 1, 11 ff.).

4) Die actio furti ist eine reine Strafklage. Sie geht daher gegen jeden Teilnehmer in voller Höhe (Grundsatz der Kumulation, S. 503[2], anders ABGB. § 1302, Gesamtschuld) und die aktive und passive Vererblichkeit richtet sich nach den S. 374[3] wiedergegebenen Grundsätzen. Daneben hat der Eigentümer (nicht auch ein sonstiger Interessent) als actio rei persecutoria außer der rei vindicatio die unten b zu besprechende condictio furtiva (D. 13, 1, 7, 1).

5) Im Gegensatze zu den übrigen prätorischen Strafklagen ist die actio furti nicht der einjährigen Verjährung unterworfen (actio perpetua, S. 325).

b. Condictio furtiva (D. 13, 1, C. 4, 8).

Auf Wiedererlangung der entwendeten Sache steht dem Eigentümer (D. 13, 1, 1) und dem dinglich Berechtigten, dem die Sache entwendet ist (D. 13, 1, 12, 2), nicht aber sonstigen Interessenten (D. 7, 1, 12, 5) gegen den fur (nicht auch gegen sonstige Teilnehmer, D. 13, 1, 6) eine condictio furtiva zu. Sie ist als actio rei persecutoria aktiv und passiv unbeschränkt vererblich (D. 13, 1, 7, 2), geht auf Herausgabe der Sache und für den Fall der Nichtherausgabe auf Erstattung des höchsten Wertes seit der Entwendung: „semper enim moram fur facere videtur“ (D. 13, 1, 8, 1, S. 428). Mehrere Diebe haften nicht, wie gegenüber der actio furti, kumulativ, sondern nur solidarisch, also dergestalt, daß einmalige Leistung alle befreit (C. 4, 8, 1). Wegen dieser Eigentümlichkeiten wird sie von manchen als bloße Bereicherungsklage auf Grundlage einer Entwendung, nicht als Deliktsklage behandelt.

2. Rapina (I. 4, 2, D. 47, 8, C. 9, 33: Vi bonorum raptorum).

Der Raub, d. h. der Diebstahl unter Anwendung von Gewalt gegen die Person (vgl. StGB. §§ 190 ff.), wurde ursprünglich als furtum behandelt. Erst während der Bürger-

kriege wird (durch den Prätor M. Terentius Lukullus, 76 v. Ch.) eine eigene Klage (actio vi bonorum raptorum) gegeben, anfänglich nur bei Raub (und Sachbeschädigung) durch eine zusammengerottete Menge (hominibus armatis coactisve, D. 47, 8, 2, pr.), später auch bei gewaltsamer Entwendung durch einen einzelnen. Die Klage geht auf das Vierfache — auch wenn der Täter nicht auf frischer Tat ergriffen wird —, sie ist jedoch nicht — gleich der actio furti — eine actio mere poenalis, sondern eine actio mixta; in dem quadruplum ist nämlich auch der Wertersatz enthalten, so daß als Strafe nur das triplum gilt (I. 4, 3, pr.). Nach Ablauf eines annus utilis (S. 319) geht sie nur noch auf einfachen Wertersatz. Für das österr. Recht vgl. ABGB. § 1302.

3. Damnum iniuria datum (I. 4, 3, C. 3, 35: De lege Aquilia; D. 9, 2: Ad legem Aquiliam).

Wegen Sachbeschädigung (vgl. StGB. §§ 85 u. 468) gewährten schon die 12 Tafeln eine actio de rupitiis sarciendis. Sie wurde später durch die actio legis Aquiliae[9]) ersetzt.

α. Voraussetzungen.

a. Das Anwendungsgebiet der actio legis Aquiliae

---

[9]) Dieses, von einem Volkstribunen Aquilius um 287 v. Chr. beantragte Plebiszit behandelte die Sachbeschädigung im I. und III. Kapitel, während das II. Kapitel eine Klage gegen einen treulosen adstipulator enthielt (G. 3, 215, S. 443[3]).

Cap. I. (D. 9, 2, 2, pr.): Qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.

Cap. III. (D. 9, 2, 27, 5): Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit (so die Florentina, andere lesen: fuit) in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.

Die lex Aquilia ging auf Schadensersatz; ihre Strafnatur lag aber darin, daß der Kläger den höchsten Wert des letzten Jahrs oder wenigstens Monats fordern konnte, und daß sie gegen den Leugnenden auf das Doppelte ging.

war anfänglich sehr beschränkt[10]). Sie ist nämlich unmittelbar (als actio directa, S. 350) nur dem Eigentümer (ero, hoc est domino, D. 9, 2, 11, 6) und auch diesem nur gegeben, wenn vorliegt:

1) damnum iniuria datum, also schuldhafte Beschädigung (D. 9, 2, 3) und zwar durch positives Tun, nicht durch bloßes schuldhaftes Unterlassen[10a]), doch genügt hier jede Art der Verschuldung: „In lege Aquilia et levissima culpa venit" (D. 9, 2, 44, pr.). Beschädigung in Notstand (D. 9, 2, 29, 3; 9, 2, 49, 1) oder Notwehr (D. 9, 2, 4), ferner durch einen Unzurechnungsfähigen (D. 9, 2, 52) macht also nicht verantwortlich;

2) damnum corpore datum, Beschädigung durch unmittelbare Einwirkung auf die Sache;

---

[10]) Allerdings waren für einzelne Tatbestände besondere Klagen gegeben, so zB. die folgenden:

a. Die actio legis Aquiliae bezog sich überhaupt nur auf die Beschädigung des Privatvermögens; bei Beschädigung des Staatsvermögens schritten die Magistrate von Amts wegen ein.

b. Bei moralischer Schädigung eines Sklaven wurde eine actio servi corrupti (D. 11, 3) gegeben, die utiliter auf die Verführung eines Hauskindes erstreckt wurde (D. 11, 3, 14, 1).

c. Wegen vorsätzlicher Verletzung eines Grabmals war die actio sepulcri violati (D. 47, 12, C. 9, 19) gegeben, an erster Stelle dem Interessenten, falls ein solcher jedoch nicht vorhanden war oder nicht klagen wollte, als Popularklage (D. 47, 12, 3, pr.).

d. Eine actio de mortuo illato wurde gegen den gewährt, der unberechtigt einen fremden Leichnam auf fremdem Grund und Boden bestattet hatte; sie ging auf Fortschaffung des Toten und Geldstrafe (D. 11, 7, 2, 2).

e. Gegen das unberechtigte Umhauen von Bäumen war die actio arborum furtim caesarum gegeben.

[10a]) Unter welchen Voraussetzungen Unterlassungen die aquilische Klage begründen, ist streitig (vgl. D. 7, 1, 13, 2). Sie ist jedenfalls dann gegeben, wenn die Beschädigung durch ein an sich erlaubtes Handeln einer Person herbeigeführt ist, welches nur infolge einer schuldhaften Unterlassung dieser Person hat schädlich werden können (sog. Kommissivdelikt durch Unterlassung); zB. es haut jemand Äste ab oder deckt ein Dach, ohne die Vorübergehenden zu warnen (D. 9, 2, 31, I. 4, 3, 5), ein Chirurg unterläßt die Nachbehandlung nach bewirkter Operation (D. 9, 2, 8, pr.), das unter einem Schmelzofen angezündete Feuer greift infolge mangelhafter Bewachung um sich (D. 9, 2, 27, 9).

3) damnum corpore corpori datum, d. h. Beschädigung von Sachen, zu denen auch die Sklaven zählten (S. 167), nicht aber von freien Personen. Auch wegen einer nicht eine körperliche Sache treffenden Vermögensschädigung war die actio legis Aquiliae nicht anwendbar.

b. Später wurde durch Gewährung von actiones utiles und in factum das ursprüngliche Anwendungsgebiet der actio legis Aquiliae sehr erweitert.

1) Nicht nur der Eigentümer, sondern auch ein sonstiger Interessent (bonae fidei possessor, Pächter, Nießbraucher, Pfandgläubiger) kann sie anstellen (D. 9, 2, 11, 10; 9, 2, 17). Grundsätzlich ist der bloß obligatorisch Berechtigte jedoch nicht klageberechtigt (D. 9, 2, 11, 9).

2) Eine actio in factum wird gewährt, wenn eine Sache nur mittelbar beschädigt oder dem Berechtigten entzogen wird, so wenn jemand einen fremden Sklaven zwar nicht tötet, aber mortis causam praebet, zB. einsperrt und verhungern läßt (D. 9, 2, 9, 2), ein Pferd scheu macht, so daß es den darauf reitenden Sklaven abwirft (D. 9, 2, 9, 3), einen Hund auf einen Menschen hetzt (D. 9, 2, 11, 5), mir Geld aus der Hand schlägt, so daß es ins Meer fällt (D. 9, 2, 27, 21), das Halteseil eines Schiffes durchschneidet, so daß dieses forttreibt (D. 9, 2, 29, 5) usw.

3) Als utilis actio wird die a. l. A., die als actio directa nur bei ausschließlicher Beteiligung von röm. Bürgern zuständig war, auch dann gegeben, wenn als Täter oder Beschädigter ein Peregrine beteiligt ist.

4) Endlich wird eine actio utilis auch bei Beschädigung freier Personen gewährt[11]).

β. Umfang des Ersatzes.

a. Bei Tötung eines Sklaven, eines quadrupes oder

---

[11]) D. 9, 2, 13, pr.: Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo esse videtur; vgl. auch D. 9, 1, 3 und ABGB. §§ 1325—1328.

pecus[12]) — wovon das I. Kapitel der lex Aquilia handelt — hat der Täter dem Geschädigten den höchsten Wert zu ersetzen, den der Sklave oder das Tier im letzten Jahre vor der Tötung hatte (quanti id in eo anno plurimi fuit).

In allen anderen — unter das III. Kapitel gehörenden — Fällen (Verletzung eines Sklaven, quadrupes oder pecus, Tötung oder Verletzung eines anderen Tieres, Beschädigung sonstiger Sachen) hat der Täter den höchsten Geldwert innerhalb der letzten dreißig Tage vor der Beschädigung (quanti ea res — sc. plurimi, D. 9, 2, 29, 8 — fuit in diebus triginta proximis) zu ersetzen.

Zu ersetzen ist aber ferner nicht nur der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Schaden und der entgangene Gewinn, zB. wenn ein als Erbe eingesetzter Sklave vor dem Erwerbe der Erbschaft getötet wird und sein Herr dadurch die Erbschaft nicht erhält.

b. Die actio legis Aquiliae ist eine actio poenalis[13]). Mehrere Täter haften daher kumulativ (D. 9, 2, 11, 2: ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena; anders ABGB. § 1302, Gesamtschuld). Sie geht ferner gegen den Leugnenden auf das Doppelte (G. 4, 9). Sie ist jedoch keine actio mere poenalis, sondern eine actio mixta; denn der Beschädigte kann nicht etwa neben seinem in der zu a erwähnten Weise zu berechnenden vollen Interesse noch Wertersatz fordern.

---

[12]) D. 9, 2, 2, 2: quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur, veluti oves caprae boves equi muli asini, nicht aber zB. Hunde oder wilde Tiere. Der Begriff des pecus wird hier also anders umgrenzt als für den Begriff der res mancipi (S. 203: quadrupedes, quae collo dorsove domantur).

[13]) Dies ergibt sich aus der Art der Berechnung des Schadensersatzes. Wer einen dem Tode nahen Sklaven tötet, haftet nicht bloß — wie beim gewöhnlichen Schadensersatz — auf dessen Wert zur Zeit der Tötung, sondern, wenn er innerhalb des letzten Jahres gesund gewesen war, auf seinen Wert im gesunden Zustande.

4. Iniuria (I. 4, 5, C. 9, 35: De iniuriis; D. 47, 10: De iniuriis et famosis libellis).

Iniuria in römischem Sinn[14]) ist die wissentlich widerrechtliche Kundgebung der Mißachtung einer fremden Persönlichkeit durch Verletzung ihrer Ehre oder Freiheit, ihres Körpers, Namens oder Hausfriedens.

α. Schon die 12 Tafeln hatten verschiedene Strafbestimmungen gegen Injurien.

β. Durch das prätorische Edikt wurde eine (infamierende, D. 3, 2, 1, pr.) actio iniuriarum aestimatoria auf eine vom iudex — nach erfolgter taxatio des Verletzten — zu bestimmende, der Schwere der Injurie entsprechende (I. 4, 4, 7) Geldstrafe (actio in bonum et aequum concepta) eingeführt (D. 47, 10, 17, 5). Sie verjährte in einem annus utilis (C. 9, 35, 5) und konnte für Hauskinder vom Gewalthaber, für Ehefrauen vom Ehemanne, bei Beschimpfungen eines Verstorbenen von seinen Erben angestellt werden (D. 47, 10, 1, 3 ff.).

γ. Durch eine von Sulla 81 v. Chr. veranlaßte lex Cornelia de iniuriis wird eine civilrechtliche Klage auf eine vom Kläger bestimmt zu bezeichnende Geldstrafe für Realinjurien (verberare, pulsare, domum vi introire) eingeführt (D. 47, 10, 5, pr.), die der kurzen Verjährung nicht unterliegt, von besonderen Gerichtshöfen entschieden wurde (D. 47, 10, 45) und nur dem Verletzten selbst,

---

[14]) Vgl I. 4, 4, pr. Heute versteht man unter Injurie nur die Ehrenbeleidigung im Sinne der §§ 487 ff. StGB., also die Verletzung der Ehre eines Anderen. Schon die Römer unterschieden übrigens Verbal- und Realinjurie; vgl. D. 47, 10, 1, 1.

Die iniuria des rR. setzt stets Vorsatz voraus, d. h. der Täter muß das Bewußtsein gehabt haben, daß die Handlung geeignet ist, den Betroffenen in seiner Persönlichkeit oder seinen Rechten zu verletzen. Dagegen ist ebensowenig wie nach StGB. §§ 487 ff. die Absicht, den Betroffenen zu verletzen, ein Tatbestandsmerkmal der Injurie (S. 419[2]). Eine Injurie (im römischen Sinne) begeht zB. also auch, wer ein fremdes Grundstück unbefugt betritt, nicht um das Grundstück zu beschädigen, sondern um darauf zu jagen.

nicht zB. auch seinem Gewalthaber zusteht (D. 47, 10, 5, 6).[15])

5. Dolus (D. 4, 3, C. 2, 20).

Über die allgemeine actio doli ist oben S. 263 gesprochen. Die actio doli ist aber nur subsidiär anwendbar, sofern nämlich nicht eine der nachfolgenden für besondere Fälle vorsätzlicher Vermögensbeschädigung gegebenen Klagen eingreift.

α. Actio Pauliana (D. 42, 8: Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur; C. 7, 75: De revocandis his, quae per fraudem alienata sunt).

Schädigt ein in Vermögensverfall Befindlicher seine Gläubiger durch Beiseiteschaffung von Vermögensstücken — diese Art des dolus wird als fraus bezeichnet —, so kann der Empfänger mit dieser Klage unter Anfechtung des diesbezüglichen Rechtsgeschäfts auf Rückgewähr des Empfangenen belangt werden[16]). Daneben hat er die in integrum restitutio propter dolum (I. 4, 6, 6, S. 389).

---

[15]) Das moderne Recht kennt keine privaten Strafansprüche mehr, sondern nur staatliche. Doch ist oft die Geltendmachung des staatlichen Strafanspruches von privatem Einschreiten abhängig gemacht. So auch bei den Ehrenbeleidigungen, wo eine Privatanklage erfordert wird. — Wegen der civilrechtlichen Ansprüche aus einer Verletzung an der persönlichen Freiheit und Ehre vgl. ABGB. §§ 1329 und 1330.

[16]) Voraussetzungen der actio Pauliana sind hiernach:

a. alienatio, d. h. eine Vermögensentäußerung, wozu auch eine Pfandbestellung gehört;

b. consilium fraudandi, d. h. Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen;

c. eventus fraudis, d. h. eingetretene Schädigung gerade derjenigen Gläubiger, auf deren Benachteiligung die Rechtshandlung gerichtet war;

d. conscientia fraudis, d. h. Kenntnis des Geschäftsgenossen von der fraudulosen Absicht. Bei Mangel dieser Kenntnis wird der Geschäftsgenosse nur dann zur Rückgewährung verpflichtet, wenn er durch das fraudulose Geschäft etwas unentgeltlich (ex titulo lucrativo, zB. durch Schenkung) erworben hatte.

Neben der actio Pauliana war ein interdictum (adipiscendae possessionis) fraudatorium gegeben.

Heute ist die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Gemeinschuldners durch das Anfechtungsgesetz vom 16. März 1884 geregelt.

*β.* Actio calumniae (D. 3, 6, C. 9, 46: De calumniatoribus).

Einer in quadruplum gehenden (gemischten) Privatstrafklage unterliegt derjenige, der sich Geld geben läßt, um einen ungerechten Civil- oder Strafprozeß zu führen oder zu unterlassen. Nach Ablauf eines annus utilis geht die Klage nur in simplum[17]).

*γ.* Eine actio de alienatione iudicii mutandi causa (D. 4, 7, C. 2, 54)

auf einfachen Schadensersatz wird gegen den innerhalb Jahresfrist gegeben, der in der Absicht, dem Berechtigten die Rechtsverfolgung zu erschweren, eine von ihm herauszugebende Sache vor Anstellung des Prozesses veräußert (eine nach Anstellung des Prozesses bewirkte Veräußerung ist einflußlos; der Beklagte haftet als fictus possessor, unten § 127 b 2 *β*). Über die Vererblichkeit dieser Klage vgl. D. 4, 7, 4, 6 ff.

*δ.* Gegen den falsus tutor,

d. h. denjenigen, der wissend, daß er nicht tutor ist, eine auctoritatis interpositio vornimmt (S. 241), wird eine Schadensersatzklage gegeben; vgl. unten § 154 b 3 *γ*.

6. Metus; vgl. oben S. 264.[17a])

c. Die Quasidelikte (I. 4, 5: De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur).

In einigen Fällen knüpft das rR. an schädigende Tatbestände, die mangels Vorhandenseins eines eigenen Verschuldens als eigentliche Delikte nicht zu kennzeichnen sind, deliktsartige Folgen.

---

[17]) D. 3, 6, 1, pr. Gegen den Erben geht die Klage nur auf die Bereicherung (D. 3, 6, 5, pr.).

[17a]) Unter Umständen kann derselbe Tatbestand die Begriffsmerkmale mehrerer Deliktsklagen oder einer Delikts- und einer Kontraktsklage enthalten (z.B. der Dieb beschädigt die gestohlene, der Verwahrer die hinterlegte Sache). Es findet dann grundsätzlich elektive Klagenkonkurrenz (S. 505[3]) statt dergestalt, daß nach der begrenzteren die weitergehende Klage angestellt werden kann (D. 50, 17, 130, I. 4, 9, 1; D. 13, 9, 18, 1; 44, 7, 31, 2; 47, 1, 2).

1. Die actio de effusis vel deiectis (D. 9, 3: De his qui effuderint vel deiecerint) ist gegen den gegeben, aus dessen an einer Straße belegener Behausung — durch ihn oder einen Anderen — ein schädigender Wurf oder Guß erfolgt. Ebenso ABGB. § 1318. Bei Tötung eines Freien ist die Klage Popularklage[18]). Mehrere Inhaber des fraglichen Gemaches haften solidarisch (D. 9, 3, 1, 10ff.), aber mit Regreßrecht gegen den wirklichen Täter (D. 9, 3, 5, 4). Es haftet aber nur der dauernde Inhaber, gleichgültig ob er den Raum als Eigentümer oder Mieter oder unentgeltlich benutzt, nicht auch ein bloßer hospes (D. 9, 3, 1, 9).

2. Die actio de posito vel suspenso war eine Popularklage auf 10 Solidi gegen den, der an gangbarer Straße etwas unvorsichtig aufgestellt oder aufgehängt hatte[19]).

3. Gegen den iudex (Laiengeschworenen im Formularprozeß), der den von ihm zu entscheidenden Prozeß unrichtig leitet[20]), wird eine actio adversus iudicem qui litem

---

[18]) D. 9, 3, 1, pr.: Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: „Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxam dedere".

[19]) D. 9, 3, 5, 6: Praetor ait: „Ne quis in suggrunda (Wetterdach) protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo". Wurde durch Herabfallen des Aufgestellten jemand geschädigt, so hatte er gegen den Schuldigen auch die actio legis Aquiliae. Vgl. heute ABGB. § 1319.

[20]) Es handelt sich hierbei nicht nur um wissentliche Rechtsbeugung, sondern auch um bloße imperitia iudicis, d. h. um fahrlässige Nichtanwendung gesetzlicher Vorschriften, Terminsversäumnisse usw. Deshalb wird die Klage nur als Quasideliktsklage behandelt; vgl. ABGB. § 1341 und das Syndikatsgesetz vom 12. Juli 1872.

suam facit (d. h. der den Prozeß auf sich zieht) auf Schadensersatz gegeben.

4. Gegen nautae, caupones und stabularii wird — außer der Quasikontraktsklage aus dem receptum, S. 587 — eine Quasideliktsklage (actio in factum) in duplum gegeben, wenn deren Angestellte innerhalb ihres Geschäftskreises durch furtum oder damnum iniuria datum einem Gaste Schaden zufügen; I. 4, 5, 3; vgl. ABGB. § 1316.

5. Für Delikte von Sklaven[21]) und für Beschädigung durch Haustiere[22]) haftet der Gewalthaber und der Eigentümer nur mit der Maßgabe, daß er sich durch Entäußerung der schädigenden Person oder Sache von jeder weiteren Haftung befreien kann. Die gegen ihn zu richtende Klage erhält daher den Zusatz „aut noxae[23]) dedere“ und wird deshalb als actio noxalis bezeichnet[24]).

---

[21]) I. 4, 8, D. 9, 4, C. 3, 41: De noxalibus actionibus.

[22]) I. 4, 9, D. 9, 1: Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

[23]) Über die Bedeutung der Begriffe noxa und noxia vgl. I. 4, 8, 1: Noxa est corpus quod nocuit, id est servus: noxia ipsum maleficium, veluti furtum damnum rapina iniuria; über den Grund der Haftungsbeschränkung vgl. I. 4, 8, 2: Summa autem ratione permissum est noxae deditione defungi: namque erat iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.

[24]) Ehemals konnte sich auch der Gewalthaber eines Hauskindes durch noxae deditio (Hingabe des Hauskindes in das mancipium des Geschädigten, S. 173) von der eigenen Haftung für dessen Delikte befreien. Im justin. Recht ist dies als nicht mehr zeitgemäß beseitigt. Die Hauskinder haften nunmehr persönlich für ihre Delikte; vgl. I. 4, 8, 6 u. 7: Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur: namque inter dominum et eum qui in eius potestate est nulla obligatio nasci potest. ideoque et si in alienam potestatem servus pervenerit aut manumissus fuerit, neque cum ipso neque cum eo, cuius nunc in potestate sit, agi potest. unde si alienus servus noxiam tibi commiserit et is postea in potestate tua esse coeperit, intercidit actio, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit: ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes, quemad-

*α.* Hat ein Sklave ein Delikt begangen, so ist zu unterscheiden, ob das Delikt mit oder ohne Einverständnis des dominus begangen ist. Im ersteren Falle — der schon vorliegt, wenn der dominus „cum prohibere posset, non prohibuit" (D. 9, 4, 3) — haftet der Gewalthaber als Anstifter in voller Höhe; in letzterem hat er die Wahl, die litis aestimatio (also zB. bei einem furtum des Sklaven das Zwei- oder Vierfache, S. 627) zu erlegen oder den Sklaven „noxae dedere". Durch die noxae deditio wird der Sklave Eigentum des Geschädigten.

Die Noxalhaftung gilt aber als eine Art dinglicher Belastung des Sklaven: es haftet immer nur derjenige, der im Augenblicke der Erhebung der Noxalklage die potestas über den Sklaven hat: „noxa caput sequitur" (I. 4, D. 9, 1, 1, 12). Wird der Sklave vor der Litiskontestation frei, so haftet nur er persönlich; stirbt er vorher, so haftet der Herr überhaupt nicht.

*β.* Hat ein Haustier (nach den 12 Tafeln nur ein „quadrupes") gegen seine Natur („contra naturam sui generis", D. 9, 1, 1, 7) Schaden (pauperies) angerichtet, so haftet der Eigentümer hierfür mit der Maßgabe, daß er sich durch noxae deditio befreien kann. Hierzu gewährten schon die 12 Tafeln dem Geschädigten (vgl. D. 9, 1, 2, pr.) eine actio de pauperie. Für den durch Abweiden auf fremdem Boden angerichteten Schaden ist eine actio de pastu gegeben (vgl. D. 19, 5, 14, 3).

---

modum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus vel alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest. Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit: quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri.

6. Wer ein gefährliches Tier an gangbaren Straßen (qua vulgo iter fit) hält, haftet nach dem ädilizischen Edikt (S. 108) für den durch das Tier angerichteten Schaden; es kann aber auch die actio de pauperie angewendet werden „numquam enim actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit“ (I. 4, 9, 1).[25])

[25]) Nach ABGB. § 1320 haftet für den durch ein Tier verursachten Schaden derjenige, der das Tier angetrieben, gereizt oder zu verwahren vernachlässigt hat. Vgl. ferner StGB. §§ 388–392.

# Drittes Buch. Sachenrecht.

## § 113. Sachenrecht. Allgemeines.

### a. Begriff.

1. Sachenrecht im objektiven Sinn ist der Inbegriff der für die Sachenrechte im subjektiven Sinne geltenden Rechtsnormen.

Sachenrecht im subjektiven Sinne (dingliches Recht) heißt die Befugnis, welche eine unmittelbare rechtliche Herrschaft über eine Sache gewährt. Hieraus ergeben sich als Hauptunterschiede des dinglichen vom obligatorischen Recht (vgl. S. 394):

*a.* Das dingliche Recht begründet eine unmittelbare, das obligatorische (selbst wenn es die Leistung einer bestimmten Sache zum Gegenstande hat),[1]) eine nur mittelbare Herrschaft über die Sache (zB.: der Nießbraucher eines Grundstücks hat als dinglich Berechtigter einen Anspruch auf unmittelbare Nutzung des Grundstücks, der Pächter als

[1]) Das obligatorische Recht auf das Gewähren einer bestimmten Sache wird als Recht zur Sache, ius ad rem, bezeichnet (zB. A kauft von B dessen Hund Blitz). Das ius ad rem hat nach rR. und nach ABGB., bevor es sich durch Hinzutreten des dinglichen Erwerbsakts (Übergabe des Hundes) in ein dingliches verwandelt, keine dingliche Wirkung. Verkauft A also den Hund später an C und übergibt ihn ihm sogleich, so wird C selbst dann Eigentümer, wenn er den früheren Kauf kennt. Ebenso ABGB. § 430, wenn es sich um eine mehrfache Veräußerung einer beweglichen Sache handelt. Das Eigentum an derselben gebührt derjenigen Person, welcher sie zuerst übergeben wurde. Anders bei unbeweglichen Sachen; hier entscheidet nicht die Tradition, sondern die Priorität des Ansuchens um Einverleibung des Eigentumsrechts (ABGB. § 440).

nur obligatorisch Berechtigter nur einen Anspruch gegen den Verpächter auf Gewährung der Nutzung).

β. Daraus folgt, daß das obligatorische Recht, als nur gegen einen bestimmten Verpflichteten gerichtet, nur relative, das dingliche als gegen jeden Störer gerichtet, absolute Wirkung hat. (Vgl. ABGB. § 307: Rechte, welche einer Person über eine Sache ohne Rücksicht auf gewisse Personen zustehen, werden dingliche Rechte genannt. Rechte, welche zu einer Sache nur gegen gewisse Personen unmittelbar aus einem Gesetze, oder aus einer verbindlichen Handlung entstehen, heißen persönliche Sachenrechte.)

2. Gegenstand eines dinglichen Rechts ist nur eine (körperliche, S. 203[2]) Sache. Doch werden nach rR. und nach ABGB. auch Sachgesamtheiten, Sach- und Rechtsinbegriffe und Forderungen insoweit den körperlichen Sachen gleichgestellt, als an ihnen dingliche Rechte begründet werden können (zB. Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten, s. u.).

b. Arten der dinglichen Rechte.

1. Die Sachenrechte können die Sache entweder allgemein oder nur in bestimmten Beziehungen der Herrschaft des Berechtigten unterwerfen. Das Recht allgemeiner Sachherrschaft gewährt das Eigentum; ihm treten die begrenzten dinglichen Rechte (Rechte an der Sache, iura in re — sc. aliena) gegenüber.

2. Das rR. kennt nur eine geschlossene Zahl von iura in re aliena, nämlich die Servituten, die Superfizies, die Emphyteuse und das Pfandrecht[2]).

3. Das dingliche Recht ist die Form der rechtlichen Herrschaft über eine Sache. Das Recht berücksichtigt und schützt aber auch die tatsächliche Herrschaft über eine Sache, den Besitz. Hierüber ist zunächst zu sprechen.

---

[2]) Das ABGB. zählt im § 308 als dingliche Sachenrechte auf: „Das Recht des Besitzes, des Eigentumes, des Pfandes, der Dienstbarkeit und das Erbrecht".

# Erster Abschnitt. Besitz.

## § 114. Begriff und Arten des Besitzes.

a. Begriff[1]).

Besitz (possessio) ist die tatsächliche Herrschaft über eine Sache[2]). Insofern aber diese tatsächliche Herrschaft vom Rechte geordnet und geschützt ist und somit Rechtswirkungen hat, wird die im Besitz liegende Beziehung der Person zur Sache zu einem Rechtsverhältnis[3]). Solche aus dem Besitz als solchem sich ergebenden Rechtsfolgen (iura possessionis, vgl. D. 41, 2, 44, nicht zu verwechseln mit dem ius possidendi, dem Recht zum Besitze, unten S. 646) sind u. a.:

1. Der Besitz wird gegen Entziehung und Störung geschützt (possessorische Ansprüche, unten § 116).

2. Der Besitz vermittelt unter Umständen den Erwerb des Rechts, so beim Eigentumserwerb durch Übergabe, Ersitzung oder Aneignung, unten §§ 121, 122, 125.

---

[1]) D. 41, 2: De adquirenda vel amittenda possessione; C. 7, 32: De adquirenda et retinenda possessione.

[2]) D. 41, 2, 1, pr.: Possessio appellata est a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit.

[3]) Ob der Besitz ein ius oder ein factum sei, ist eine alte gemeinrechtliche Streitfrage. Die Quellen bezeichnen mit possessio sowohl die tatsächliche Beziehung als auch die Rechtsstellung des Besitzers (D. 41, 2, 49, 1: possessio non tantum corporis, sed et iuris est). Auch nach ABGB. muß der Besitz als Rechtsverhältnis angesehen werden; derselbe hat als solcher die Vermutung eines gültigen Titels für sich (§ 323) und genießt einen besonderen Rechtsschutz (§§ 339 ff.).

3. Der Besitzer hat die vorteilhafte Stellung des Beklagten („beati possidentes"; „melior est causa possidentis", D. 20, 1, 11; „in pari causa possessor potior haberi debet", D. 50, 17, 128, pr.).

b. Arten des Besitzes.

1. Juristischer Besitz und Detention.

Die wichtigste Rechtsfolge des Besitzes ist, wie erwähnt, der Rechtsschutz des Besitzes gegen Entziehung und Störung. Als Besitzer im Rechtssinn oder, wie man gemeinrechtlich sagt, als juristischer Besitzer („Interdiktenbesitzer") gilt daher nur, wer Besitzschutz genießt. Wer eine tatsächliche Herrschaft ausübt, ohne darin rechtlich geschützt zu sein, ist nach rR. nicht juristischer Besitzer (possessor), sondern bloßer Inhaber (detentor).

*a.* Nach den Quellen haben Besitzschutz, sind also juristische Besitzer:

a. Der Eigenbesitzer, d. h. wer eine in seiner tatsächlichen Gewalt befindliche Sache als „ihm gehörend besitzt", wer sie also als Eigentümer innehaben will. Gleichgültig ist hierbei, ob er hierzu berechtigt ist oder glaubt hierzu berechtigt zu sein (sog. opinio dominii). Vielmehr ist auch der Dieb juristischer Besitzer und hat (nur nicht dem Bestohlenen gegenüber, unten S. 646) Besitzschutz; denn auch der Dieb hat den animus domini (*τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν*, Theophilus), er will die gestohlene Sache für sich behalten.

b. Des Besitzschutzes teilhaftig und somit juristische Besitzer sind nach den Quellen ferner aber auch gewisse andere Personen, denen zwar der animus domini mangelt, deren Besitzwille aber dem des Eigenbesitzers doch insofern gleichsteht, als sie gleich ihm jeden Anderen von der tatsächlichen Herrschaft ausschließen wollen; nur mit dem Unterschiede, daß sie dies nicht, wie der Eigenbesitzer, für immer wollen, sondern nur für die Dauer eines gewissen Rechtsverhältnisses. Juristische Besitzer dieser Gattung sind nach den Quellen: der im Besitze der Sache befindliche Pfandgläubiger (unten § 140 c 2, jedoch behält der Verpfänder den Ersitzungsbesitz, D. 41, 3, 16), der Prekarist (S. 550[1], D. 43, 26, 4, 1,

der precario dans behält aber den Ersitzungsbesitz, D. 43, 26, 15, 4), der Sequester (S. 585, D. 16, 3, 17, 1) und — nach der richtigen Meinung — auch der Emphyteuta (unten § 131 c) und der Superfiziar (unten § 131 b).[4])

β. Alle anderen, eine tatsächliche Herrschaft ausübenden Personen entbehren eines Besitzschutzes, und sind daher im

---

[4]) Einer der berühmtesten gemeinrechtlichen Streitpunkte ist die Frage, auf welches höhere Prinzip die Fälle des juristischen Besitzes zurückzuführen seien. Die praktische Bedeutung dieses Streits besteht darin, daß je nach der Feststellung eines allgemeinen Prinzips sich entscheiden muß, ob die in den Quellen nicht ausdrücklich geordneten Fälle (zB. des negotiorum gestor, Finders, Konkursverwalters) dem Begriffe des juristischen Besitzes zu unterstellen und daher des Interdiktenschutzes für teilhaftig zu erklären sind, oder als Fälle der bloßen Innehabung eines Besitzschutzes entbehren.

a. Savigny (1779—1861) lehrte (in seinem 1803 veröffentlichten „Recht des Besitzes"): Grundsätzlich sei juristischer Besitzer nur, wer den animus domini habe, also der Eigenbesitzer; in den sonstigen Fällen handele es sich um eine bloße Übertragung des eigentlich dem Eigenbesitzer (also zB. dem Verpfänder) zustehenden Besitzschutzes, also um abgeleiteten oder derivativen Besitz.

b. Nach anderen (Dernburg) ist für den Besitzschutz nicht der animus domini erforderlich, sondern schon der animus rem sibi habendi hinreichend. Da nun aber zB. auch der Leiher, Mieter und Pächter den Willen haben, die Sache für sich zu beherrschen, während sie doch nach den Quellen unzweifelhaft nicht juristische Besitzer sind (vgl. S. 645), so ist für die Umgrenzung des Kreises der juristischen Besitzer nach rR. der animus rem sibi habendi in der im Text dargelegten Weise als der Wille zu bestimmen, eine Sache mit Ausschließung aller anderen für sich zu besitzen, sei es für immer (als Eigenbesitzer), sei es für die Dauer eines gewissen Rechtsverhältnisses.

c. Die zu a und b angeführten Ansichten (sog. subjektive oder Willenstheorie) erblicken den Unterschied zwischen juristischem Besitz und Innehabung in der Willensrichtung des Besitzers. Von einem anderen Standpunkt geht die (besonders von Ihering, der Besitzwille, 1889, entwickelte) sog. objektive Theorie aus. Danach hängt die Entscheidung, ob (geschützter) Besitz oder (ungeschützte) bloße Detention vorliegt, nicht von der Willensrichtung des Besitzenden, sondern vom positiven Recht ab. An sich sei jeder, der nur den Willen habe, eine Sache zu behalten, des Besitzesschutzes teilhaftig, es sei denn, daß ihm das positive Recht aus Gründen der Rechtspolitik diesen Schutz entziehe und einem Anderen zuwende, wie dies das rR. gegenüber dem Verwahrer, Mieter, Pächter, Leiher usw. für richtig erachtet habe.

Sinne des rR. nicht Besitzer, sondern bloße Detentoren gleichgültig ob sie diese Herrschaft ausschließlich im fremden, Interesse ausüben, wie Verwahrer und Stellvertreter (D. 41, 2, 11, 20) oder im eigenen Interesse, aber unter Anerkennung der Herrschaft eines Anderen, wie Mieter, Leiher, Nießbraucher, sog. selbstnützige Detentoren oder Nutzbesitzer; vgl. I. 4, 15, 5. Wird also der Mieter eines Hauses im Mietbesitze gestört, dann hat er nach rR. keine Klage gegen den Störer, sondern er muß seinen Vermieter veranlassen, ihm zu helfen[5]).

### 2. Fehlerhafter und fehlerfreier Besitz.

Vitiosa possessio ist der mit einem Erwerbsmangel behaftete Besitz, nämlich der vi, clam, precario, also durch gewaltsame oder heimliche Entsetzung des bisherigen Besitzers erlangte, sowie der nur bittweise und auf beliebigen Widerruf eingeräumte Besitz. Diese Besitzfehler entziehen dem vitiosus possessor den Besitzschutz gegenüber dem bisherigen Besitzer (exceptio vitiosae possessionis, unten S. 665, nicht aber dritten gegenüber[6]) [7]).

---

[5]) Das ABGB. § 309 hält an der gemeinrechtlichen Unterscheidung von possessio (Herrschaft mit dem Willen alle anderen auszuschließen) und detentio (sonstige Fälle), im Gegensatze zum DBGB. § 854, fest, indem es bestimmt: „Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsam hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer." Besitzschutz genießt nur der Besitzer, nicht auch der Detentor. Nach dem ABGB. bilden aber das Objekt des Besitzes nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche Sachen (Rechte, § 311), gleichgültig ob es dingliche oder persönliche Rechte sind, während das römische Recht nur an ersteren Rechten einen Rechtsbesitz kennt. Die Schranke für den Besitzschutz persönlicher Rechte bildet nur deren Verkehrsfähigkeit. Es kann daher der Rechtsbesitzer gegen den Sachbesitzer wegen Besitzstörung klagbar auftreten, zB. der Bestandnehmer gegen den Bestandgeber.

[6]) D. 43, 17, 2: Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto (nämlich uti possidetis, S. 663) nihil refert: qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui non possidet.

[7]) Das ABGB. (§ 345) nennt einen solchen Besitz „unechten" Besitz, im Gegensatze zum „echten", dem keiner dieser Mängel anhaftet.

### 3. Rechtmäßiger und unrechtmäßiger Besitz.

Rechtmäßig (iusta possessio) ist der auf einem gehörigen Rechtsgrunde beruhende, „titulierte", unrechtmäßig (iniusta possessio) der eines Rechtstitels entbehrende „untitulierte" Besitz[8]). Für die Frage des Besitzschutzes ist diese Einteilung bedeutungslos; auch der unrechtmäßige Besitzer wird im Besitze geschützt, und zwar — wenn nicht außerdem ein Besitzfehler (2) vorliegt — auch dem zum Besitze Berechtigten gegenüber. Von Bedeutung ist diese Unterscheidung dagegen zB. für die Ersitzung (unten § 122 c 2) und für die Publiciana (unten § 129).

### 4. Redlicher und unredlicher Besitz.

Bonae fidei possessor ist, wer nicht weiß, daß sein Besitz unrechtmäßig ist, malae fidei possessor, wer dies weiß (nach manchen auch, wer dies infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß). Der redliche verwandelt sich in einen unredlichen Besitzer, wenn er die Unrechtmäßigkeit seines Besitzes nachträglich erfährt, sog. mala fides superveniens. Von Bedeutung ist diese Unterscheidung u. a. für die Ersitzung (unten § 122 c 3) und den Umfang des Eigentumsanspruchs (unten § 127 d).[9])[10])

---

[8]) Mit den Ausdrücken iusta und iniusta possessio verbinden die Römer aber verschiedene Gegensätze, nämlich einmal rechtmäßigen und unrechtmäßigen Besitz (D. 41, 2, 24, D. 10, 3, 7, 3, D. 5, 3, 31, 2) und anderseits fehlerlosen und fehlerhaften Besitz (D. 43, 17, 1, 9 u. 2, D. 43, 26, 19, pr.).

Der unrechtmäßige Besitzer hat keinen Rechtsgrund seiner Herrschaft, sondern stützt diese allein auf seinen Besitz. Er besitzt lediglich „pro possessore"; D. 5, 3, 11 u. 24: Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus cur possideat, responsurus sit „quia possideo". Vgl. ABGB. § 316: „Der Besitz einer Sache heißt rechtmäßig, wenn er auf einem gültigen Titel, das ist auf einem zur Erwerbung tauglichen Rechtsgrunde beruht. Im entgegengesetzten Falle heißt er unrechtmäßig."

[9]) Eine weit größere Bedeutung hat diese Unterscheidung im modernen Recht, insofern der gute Glaube beim Erwerbe von Grundstücken oder Rechten an solchen auf Grund des Grundbuchs (ABGB. §§ 440, 1500) sowie beim Erwerbe von Mobilien und Rechten an

5. Civilis und naturalis possessio.

Über diesen in den Quellen (zB. D. 43, 16, 9) sich findenden Gegensatz herrscht Streit. Nach Savigny bezeichnet civilis possessio den mit Besitzschutz ausgestatteten (juristischen, S. 643) und den Ersitzungserfordernissen genügenden (Usukapions-) Besitz, während naturalis possessio die bloße Detention sowie einen juristischen, aber nicht den Ersitzungserfordernissen entsprechenden Besitz umfassen soll. Nach Windscheid handelt es sich hierbei um den Gegensatz zwischen Besitz nach der natürlichen und Besitz nach der juristischen Auffassung. Als civilis possessio werde ein tatsächliches Gewaltverhältnis nur dann bezeichnet, wenn es vom Recht anerkannt und gebilligt werde; daher sei sowohl der nicht durch die Interdikte geschützte als auch der zwar geschützte, aber vom Recht gemißbilligte Besitz nur naturalis possessio (so der des Nießbrauchers, D. 41, 2, 12 und ferner der auf einer Schenkung des Mannes beruhende Besitz der Frau, da die Schenkung unter Ehegatten nichtig ist, D. 43, 16, 1, 9 und 10, oben S. 538.

---

solchen (ABGB. §§ 367, 368, 456) das mangelnde Recht des Veräußerers deckt, unten § 121[9].

Mit der für das Sachenrecht bedeutsamen bona fides im Sinne von „guter Glaube" (Gegensatz: „mala fides", „böser Glaube"), nicht zu verwechseln ist die für das Schuldrecht bedeutungsvolle bona fides im Sinne von „Treu und Glauben" (Gegensatz: „dolus", „Arglist").

[10]) Nach dem oben Gesagten beruht der Unterschied zwischen:

a. possessio und detentio (oben 1): auf der Willensrichtung des Besitzers;

b. vitiosa und non vitiosa possessio (oben 2): auf der Erwerbshandlung;

c. iusta und iniusta possessio (oben 3): auf der (objektiven) Berechtigung zum Besitze;

d. bonae und malae fidei possessio (oben 4): auf der (subjektiven) Anschauung des Besitzers über sein Recht zum Besitze.

## § 115. Erwerb und Verlust des Besitzes.

### a. Allgemeines.

1. Besitzen (Besitz haben) kann jede vermögensfähige Person, zB. auch ein Kind, ein Wahnsinniger, eine juristische Person, nicht dagegen ein Sklave und — nach älterem Recht, S. 148 — ein Hauskind[1]). Besitz erwerben und aufgeben kann nur, wer rechtsgültig den Besitzwillen fassen und aufgeben kann (unten b und c).

2. Besessen werden kann jede körperliche Sache[2]), die im Verkehr steht (D. 41, 2, 30, 1), nicht aber eine universitas facti oder iuris als solche[3]). Ebensowenig ist an den Bestandteilen einer zusammengesetzten Sache ein Sonderbesitz möglich[4]). Dagegen können räumlich abgegrenzte Teile eines Grundstücks besessen werden (D. 41, 2, 26 und 43, pr., nicht aber einer Mobilie D. 6, 1, 8; vgl. dagegen für das österr. Recht Randa, „Besitz" § 18. Derselbe unterscheidet, ob dem Teile eine Sonderexistenz zukommt, oder ob

---

[1]) D. 41, 2, 49, 1: Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est. Später sind Hauskinder soweit besitzfähig als sie erwerbsfähig sind, also hinsichtlich des peculium castrense, quasi castrense, adventicium (D. 41, 3, 4, 1, S. 158).

[2]) D. 41, 2, 3, pr.: Possideri autem possunt, quae sunt corporalia. Über den Rechtsbesitz vgl. unten § 117.

[3]) Als besessen gelten daher nur die einzelnen in dem Sachinbegriff (S. 205) oder in dem Vermögensinbegriff (S. 207) zusammengefaßten Sachen, vgl. daher für die Ersitzung D. 41, 3, 30, 2; es gibt ferner keinen Besitzschutz für den Inbegriff, wohl aber unter Umständen petitorische Rechtsbehelfe (vindicatio gregis, unten § 127c, hereditatis petitio, S. 208).

[4]) Der Besitzer eines Hauses hat daher nur an diesem Besitz, nicht aber daneben am Grund und Boden und an den das Haus bildenden Mobilien (Steinen, Balken, Türen, Öfen usw.); vgl. D. 41, 3, 23, pr. Nach positiver Vorschrift soll jedoch die Ersitzung einer Sache nicht dadurch unterbrochen werden, daß der Besitzer sie einer anderen von ihm besessenen Sache einfügt, und die Vereinigung beweglicher Sachen kann ferner so lose sein, daß sie ihre Selbständigkeit überhaupt nicht verlieren; vgl. D. 41, 3, 30, 1.

dies nicht der Fall ist, der Teil also im Ganzen aufgeht. Im ersteren Falle anerkennt Randa einen selbständigen Besitz, was insbesondere für die Ersitzung von Wichtigkeit ist, letzterenfalls negiert er einen selbständigen Besitz.

3. An einer Sache ist begrifflich nur ein ausschließlicher und totaler Besitz möglich; es gibt keine possessio plurium in solidum[5]), wohl aber Mitbesitz (compossessio) mehrerer zu bestimmten Bruchteilen (pro partibus indivisis, D. 41, 2, 3, 2 und 26; 41, 3, 32, 2).

b. Besitzerwerb.

1. Allgemeines.

Zum Erwerb des (juristischen) Besitzes (Besitzergreifung, apprehensio) gehören nach rR.[6]) das Zusammentreffen von corpus (Erlangung der tatsächlichen Gewalt) und animus (Besitzwille, S. 653).

---

[5]) D. 41, 2, 3, 5: . . . . plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Es kommt eine Teilung der Besitzvorteile (S. 642) unter verschiedenen Personen vor. So gilt bei der Verpfändung und beim Prekarium für die Ersitzung der Verpfänder und der precario dans, für den Besitzschutz der Pfandgläubiger und der Prekarist als Besitzer. Ferner wird bei vitioser Besitzentziehung (S. 645) der Besitzentsetzte dem vitiosus possessor gegenüber als noch im Besitze befindlich behandelt, während dritten gegenüber der vitiosus possessor als Besitzer gilt. In der Tat wollten einige Juristen in solchen Fällen eine possessio plurium in solidum konstruieren (unten S. 666[11]). Aber auch in diesen Fällen steht die tatsächliche Gewalt nur einer Person (dem Pfandgläubiger, Prekaristen, vitiosus possessor) zu; nur diese ist in Wahrheit Besitzer, die Zuweisung gewisser Besitzvorteile an einen Anderen beruht auf positiver, durch das praktische Bedürfnis hervorgerufener Vorschrift. Ebenso nach ABGB., wie sich aus § 349: „Der Besitz einer körperlichen Sache geht insgemein verloren, wenn dieselbe in fremden Besitz kommt" ergibt.

[6]) D. 41, 2, 3, 1: apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. Auch nach österr. Recht (ABGB. §§ 309, 312–314) wird der Besitz durch Besitzergreifung verbunden mit dem Besitzwillen erworben. Dagegen ist nach deutschem BGB. die Erlangung der tatsächlichen Gewalt genügend.

### a. Tatsächliche Gewalt (corpus).

Die tatsächliche Gewalt über eine Sache ist erlangt, wenn jemand „die physische Möglichkeit hat, unmittelbar auf die Sache einzuwirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen" (Savigny). Wann dies der Fall ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falls ab, wobei es wesentlich ist, ob die Besitzerlangung auf einseitiger Besitzergreifung beruht (sei es an einer besitzfreien Sache durch Aneignung oder an einer besessenen durch Besitzentziehung) oder auf einer Vereinbarung mit dem bisherigen Besitzer.

a. Bei der einseitigen Besitzergreifung ist ein Vorgang erforderlich, welcher eine sofortige unmittelbare Einwirkung ermöglicht und dies nach außen hin erkennbar macht. Dazu gehört bei Mobilien das wirkliche Ergreifen[7]), bei Grundstücken zB. das Setzen von Grenzzeichen, Beackern, Aufstellen von Warnungstafeln usw.[8]).

---

[7]) Was hierzu nötig ist, hängt von der Verkehrsauffassung ab. Ist die Sache tatsächlich noch nicht in unserer Gewalt, so hindern unsere Bemühungen um ihre Besitzergreifung und deren Kenntnis dritte nicht daran, ihrerseits sofort Besitz zu ergreifen. Wenn Schiffer an einem auf dem Meere treibenden Walfischkörper, den sie nicht sofort bergen können, Merkzeichen, die ihre Besitzergreifung dartun sollen, anbringen, so haben sie den Besitz noch nicht erlangt (vgl. D. 41, 2, 22: Non videtur possessionem adeptus is qui ita nactus est, ut eam retinere non possit). Ebensowenig geht das verwundete und verfolgte Wild vor der Ergreifung in den Besitz des Jägers über (D. 41, 1, 5, 1: quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus). Dagegen erlange ich an dem Wild, das sich in einer von mir rechtmäßig aufgestellten Schlinge unlösbar fängt, sogleich den Besitz; vgl. D. 41, 1, 55.

Besessen werden ferner die Tiere in umzäunten Wildparken und die Fische in geschlossenen Fischteichen (sofern Wildpark und Fischteich als solche besessen werden), nicht aber die in ihrer natürlichen Freiheit befindlichen Tiere und Fische; vgl. D. 41, 2, 3, 14 und 15, D. 41, 1, 5, 2 und 3. Ebensowenig besteht vor der Inbesitznahme Besitz an dem auf meinem Grundstücke befindlichen Schatz (D. 10, 4, 15; 41, 2, 3, 3 und 41, 2, pr.).

[8]) Hierbei gilt jedoch nach rR. die besondere Vorschrift, daß der Besitz von Grundstücken durch heimliche Besitzentsetzung nicht erworben wird; unten S. 657.

b. Beim vereinbarten Besitzwechsel greifen freiere Grundsätze Platz, weil es sich hierbei nur um Fortsetzung eines schon begründeten Machtverhältnisses handelt. Hierbei liegt daher der Nachdruck auf der Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers und es genügt, falls diese vorliegt, zum Besitzerwerbe, daß der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben (vgl. ABGB. § 315: „Bei der mittelbaren Besitzergreifung, wenn uns der Inhaber in seinem oder eines Anderen Namen ein Recht oder eine Sache überläßt, erhält man alles, was der vorige Inhaber gehabt und durch deutliche Zeichen übergeben hat, ohne daß es nötig ist, jeden Teil des Ganzen besonders zu übernehmen").

1) Der Hauptfall des vereinbarten Besitzwechsels ist die Übergabe (traditio) einer Sache seitens des bisherigen Besitzers an den Besitzerwerber. Hierzu ist Gegenwart beider Beteiligten sowie der zu übergebenden Sache nicht unbedingt erforderlich. Ich erlange zB. den Besitz erkaufter Sachen, wenn sie in meiner Wohnung oder auf meinem Lagerplatze niedergelegt werden (D. 41, 2, 18, 2), wenn ich die erkauften im Forste lagernden Stämme mit meinem Forsthammer anschlage (D. 18, 6, 15, 1), wenn mir die Schlüssel zu dem Raum, in welchem sie liegen, übergeben werden[9]). Bei Grundstücken bedarf es ferner nicht der tatsächlichen Ein-

[9]) D. 41, 2, 1, 21: Si iusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus aii, idemque esse, si nummos debitorem iusserim alii dare. non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu. argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditas eas haberi, si in re praesenti consenserint: et vina traditi videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint. In D. 18, 1, 74 verlangt Papinian, daß „claves apud horrea traditae sint", daß die zu übergebenden Waren sich also in der Nähe befinden; dem widerspricht aber außer der obigen Stelle auch D. 41, 1, 9, 6. Ehemals bezeichnete man die Übergabe durch Übergabe der Schlüssel oder durch Anzeichnen als „symbolische" oder „uneigentliche" Übergabe (ficta traditio). Es handelt sich hierbei jedoch, wie Savigny dargetan hat, nicht um symbolische, sondern um tatsächliche Inbesitznahme; vgl. ABGB. § 427.

führung des Besitzerwerbers[10]); es genügt auch sog. longa manu traditio, d. h. die Erklärung des bisherigen Besitzers — zB. von einem benachbarten Turm aus[11]) —, daß er dem Besitzerwerber das vor ihnen liegende Grundstück übergebe, falls die sofortige Besitzergreifung möglich ist.

2) Eine weitere Vereinfachung der Besitzübertragung, wobei sich diese durch bloße Willenseinigung vollzieht, findet statt in den Fällen der brevi manu traditio und des constitutum possessorium.

Bei der brevi manu traditio (ABGB. § 428 Schlußs.) wird der bisherige Detentor juristischer Besitzer (zB. A verkauft dem B die diesem geliehene oder vermietete oder in Verwahrung gegebene Sache).[12]) Beim constitutum possessorium (ABGB. § 428 Satz 1)[13]) wird umgekehrt der bisherige juristische Besitzer Detentor (zB. A verkauft dem B ein Pferd, behält es aber

---

[10]) Mittere oder inducere in vacuam possessionem (D. 41, 2, 33 und 34). Vgl. noch D. 41, 2, 3, 1: quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere. Vgl. ABGB. § 312: „unbewegliche Sachen werden durch Betretung, Verrainung, Einzäunung, Bezeichnung oder Bearbeitung in Besitz genommen."

[11]) Vgl. D. 41, 2, 18, 2: si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque se possessionem tradere, dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.

[12]) D. 41, 1, 9, 5: Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti se rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio.

[13]) Die mittelalterlichen Juristen verlangten die Formel: constituo me possidere nomine alieno; daher der Name.

Nicht zu verwechseln mit dem constitutum des Besitzrechts ist übrigens das constitutum debiti proprii vel alieni des Schuldrechts; S. 476*.

zur Leihe oder Miete oder Verwahrung; vgl. zB. D. 6, 1, 77).[14][15])

β. Der Besitzwille (animus).

a. Juristischer Besitzer wird nur, wer den Willen hat, für sich zu besitzen, also nicht, wer nur für einen Anderen detinieren will. Durch Änderung des animus ändert sich der Charakter der Innehabung, wie die oben unter 2) behandelten Fälle zeigen. Hierbei gilt aber der wichtige Satz: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest (D. 41, 2, 3, 19), d. h. der Detentor kann nicht durch bloße Änderung seines Innehabungswillens den Besitzer seines Besitzes entsetzen und selbst Besitzer werden[16]); vielmehr ist dies nur im Einverständnisse mit dem Besitzer (also durch brevi manu traditio) oder durch Betätigung des Aneignungswillens (Ableugnung des Depositum, D. 47, 2, 1, 2, Vertreibung des Herrn durch den Pächter, D. 43, 16, 12) möglich.

b. Da hiernach die Erlangung des Besitzes die Betätigung eines bestimmt gearteten Willens voraussetzt, so können einerseits Willensunfähige (Geisteskranke, Kinder) den Besitz nicht persönlich, sondern nur durch ihre gesetzlichen Vertreter erlangen[17]); anderseits erwirbt grundsätzlich Besitz

[14]) Hierin liegt keine Abweichung von dem Grundsatze, daß zum Besitzerwerb corpus und animus gehören, denn bei der brevi manu traditio hat der Erwerber als bisheriger Detentor die tatsächliche Gewalt bereits, beim constitutum possessorium erhält der Erwerber die tatsächliche Gewalt dadurch, daß er sie durch den bisherigen Besitzer als nunmehrigen Detentor ausübt.

[15]) Das deutsche BGB. kennt noch einen dritten Fall der Übertragung des (mittelbaren) Besitzes durch bloße Einigung, nämlich durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 870): A tritt den Anspruch gegen B auf Herausgabe der ihm geliehenen, vermieteten, zur Verwahrung gegebenen Sache an C ab. Dadurch wird C mittelbarer Besitzer. Diesen Fall kennt das ABGB. nicht.

[16]) In einem anderen Sinne gilt der Satz bei der Ersitzung. Hier bedeutet causa possessionis den Besitztitel (unten § 122 c 2). Daher kann die Ersitzung nie auf Grund eines verbotenen Geschäfts beginnen (D. 41, 6, 1, 2).

[17]) Vgl. D. 41, 2, 1, 3: Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere quia affectionem te-

nur, wer von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt Kenntnis hat[18]).

### 2. Besitzerwerb durch Stellvertreter.

Schon nach älterem rR. erwerben die Gewaltunterworfenen (Hauskinder und Sklaven) kraft Gesetzes unmittelbar wie Eigentum so auch Besitz für den Gewalthaber. Ist ihnen ein Pekulium überlassen (S. 303), so erwirbt der Gewalthaber den Besitz der Pekuliarsachen ohne Rücksicht auf ihren etwa abweichenden Willen und auch wenn ihm der Erwerb im einzelnen nicht bekannt war[19]). In der Kaiserzeit wird

---

nendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Offilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sunt, ut intellectum capiant. Noch weiter geht C. 7, 32, 3, wonach es selbst im Falle der Übergabe einer Sache an einen infans zum Zwecke der Schenkung nicht der Mitwirkung des Vormunds bedürfen soll (Donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur).

Nach ABGB. § 310 sind „Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, an sich unfähig, einen Besitz zu erlangen. Sie werden durch einen Vormund oder Kurator vertreten. Unmündige, welche die Jahre der Kindheit zurückgelegt haben, können für sich allein eine Sache in Besitz nehmen."

[18]) Wenn der Besitz ausnahmsweise ohne beim Besitzerwerbe geäußertes Wissen und Wollen erworben wird, zB. durch vereinbarte Verbringung in die custodia des Erwerbers, durch Handlung eines Besitzvertreters (S. 655[24]), so heben die Römer ausdrücklich hervor: „vel ignoranti adquiritur possessio", zB. D. 41, 1, 13; 41, 2, 3, 12). Auch das ABGB. verlangt für den Besitzerwerb das Vorhandensein des Besitzwillens (animus domini), es gilt daher auch für das österr. Recht der Satz: „ignoranti non adquiritur possessio".

[19]) D. 41, 2, 1, 5: Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Iuliano placuit, quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus. igitur ex causa peculiari et infans et furiosus adquirunt possessionem et usucapiunt et heres si hereditarius servus emat (nämlich bei hereditas iacens, S. 201[11]).

ein unmittelbarer Besitzerwerb auch in anderen Fällen anerkannt, zuerst durch Prokuratoren[20]), später auch durch sonstige dritte[21]). Hierzu ist jedoch erforderlich:

α. daß der **Vertreter** die tatsächliche Gewalt erlangt und den Willen hat, unmittelbar für den Vertretenen zu erwerben[22]);

β. daß der **Vertretene** den Willen[23]) hat, durch den Vertreter zu erwerben[24]); nur beim Besitzerwerbe durch den

---

[20]) **Prokuratoren** waren Vertrauenspersonen eines Bürgers (meist Freigelassene desselben), die ständig für ihn tätig waren. Daher erwirbt der Geschäftsherr den Besitz wie beim Pekuliarerwerb (Anm. 19) auch ohne Kenntnis des einzelnen Erwerbsfalls, sofern der Prokurator innerhalb des ihm generell übertragenen Geschäftskreises gehandelt hatte; vgl. D. 41, 1, 13, pr.; 41, 2, 42, 1 und 49.

[21]) Pauli sent. rec. 5, 2, 1: Possessionem acquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno; vgl. D. 41, 1, 53, C. 7, 32, 1.

[22]) Der Vertreter kann aber auch den Willen haben, den Besitz zunächst für sich zu erwerben und ihn durch constitutum possessorium auf den Dritten zu übertragen; vgl. D. 41, 2, 1, 20: Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accomodarent, nobis non possunt adquirere. alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessione. Maßgebend ist dafür der Wille des Vertreters, wie er im einzelnen Fall ausdrücklich oder stillschweigend erklärt ist. Ob ein Zwiespalt zwischen dem nach außen kundgegebenen und dem inneren Willen des Vertreters und mit welcher Wirkung zu berücksichtigen sei, war unter den römischen Juristen streitig. Vgl. Ulpian in D. 39, 5, 13 und Julian in D. 41, 1, 37, 6.

[23]) Daher kann eine willensunfähige Person nicht Vertreter sein D. 41, 2, 1, 9 und 10).

[24]) Unter diesen Voraussetzungen gilt der Satz — und zwar nach richtiger Meinung auch beim Vorliegen einer generellen Ermächtigung —: per procuratorem ignoranti adquiritur possessio (I. 2, 9, 5, D. 13, 7, 11, 6, C. 7, 32, 1; S. 654[16]); der Beginn der Ersitzung hängt dagegen von der Erlangung der Kenntnis ab (unten § 122 c 3 γ, D. 41, 2, 49, 2: possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, usucapio vero scienti competit).

gesetzlichen Vertreter eines Handlungsunfähigen (Vater, Vormund, Kurator) kommt es auf den Erwerbswillen des Vertretenen nicht an und auch in anderen Fällen kann er durch nachträgliche Genehmigung ersetzt werden.

c. Besitzverlust.

Der einmal begründete Besitz dauert fort bis zum Eintritt einer Tatsache, die seine Beendigung herbeiführt. Da der Besitz nach rR. auf dem Zusammentreffen von animus und corpus beruht, so ist diese Tatsache der Wegfall entweder des corpus oder des animus.

1. Der Untergang corpore tritt ein, wenn der Besitzer nicht mehr besitzen kann. Ob die tatsächliche Gewalt, sei es mit, sei es ohne Tätigkeit anderer, wirklich weggefallen ist, ist Tatfrage. Zu ihrer Fortdauer ist nicht fortwährende Einwirkung auf die Sache erforderlich, sondern es genügt, wenn das Herrschaftsverhältnis jederzeit wieder hergestellt werden kann, zB. bei Abwesenheit vom Grundstück, oder sich selbst wiederherstellt, zB. bei umherlaufenden Haustieren, die den „animus revertendi" haben. Auch durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt, zB. durch zeitweise Überschwemmung eines Grundstücks, Verlegen einer Sache (D. 41, 2, 44, pr.), wird der Besitz nicht beendigt. Es muß eine Verkehrung ins Gegenteil (in contrarium actum)[25]), eine

---

Nach ABGB. §§ 310 und 1017 kann der Besitz auch durch Mittelspersonen erworben werden. Diese Mittelsperson muß jedoch den Willen haben, für ihren Machtgeber zu erwerben, und der Machtgeber muß den Willen haben, Besitz zu erwerben, welchen Willen er auch durch nachträgliche Genehmigung an den Tag legen kann.

[25]) Vgl. D. 41, 2, 44, 2: possessionem amitti vel animo vel etiam corpore . . . Im Gegensatze hierzu steht ein viel erörterter Ausspruch des Paulus in l. 153 D. de R. J. 50, 17: Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur (S. 472), cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Wahrscheinlich bezieht sich diese Stelle nur auf die freiwillige Besitzaufgabe und verlangt dafür

dauernde Unmöglichkeit der Wiederherstellung eingetreten sein[26]).

Insbesondere geht der Besitz verloren, wenn die Sache in den (wenn auch unrechtmäßigen und fehlerhaften) Besitz eines Anderen gelangte. An Grundstücken endigt er jedoch (D. 41, 2, 46) nicht schon durch Eindringen in Abwesenheit des Besitzers, sondern erst, wenn der Besitzer (oder der gesetzliche Vertreter des geschäftsunfähigen Besitzers) von dem Eindringen Kenntnis erlangt und es duldet oder nicht sofort zu beseitigen vermag[27]).

2. Der Untergang animo tritt ein, wenn der willensfähige (D. 41, 2, 29) Besitzer die Sache nicht mehr besitzen will und seinen Entschluß durch Wort oder Tat äußert. In letzterer Hinsicht genügt zB. längere Vernachlässigung (D. 41, 2, 13, pr. und 47; 41, 3, 37, 1).[28])

3. Sonstige Endigungsgründe sind:

α. Tod des Besitzers. Der Erbe wird zwar mit Antritt der Erbschaft ipso iure Eigentümer der vom Erblasser besessenen Erbschaftssachen, ihr Besitzer jedoch erst durch eine neue Besitzergreifung. Er hat daher, wenn ein Dritter nach dem Tode des Erblassers Erbschaftssachen an sich genommen hatte, kein interdictum recuperandae, sondern nur

---

außer dem Entschlusse dessen Betätigung. Ebenso ABGB. §§ 349 und 351.

[26]) Die Römer drücken dies öfters aus: solo animo retinetur possessio, vgl. zB. D. 41, 2, 30, 5 (Anm. 28); ferner D. 41, 2, 3, 13 und 25, pr. Ebenso ABGB. §§ 349 und 352.

[27]) Wenn ABGB. § 350 normiert: „Der Besitz derjenigen Rechte und unbeweglichen Sachen, welche einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmachen, erlischt, wenn sie aus den landtäflichen, Stadt- oder Grundbüchern gelöscht werden", so bezieht sich dies nicht auf den Natural-, sondern auf den Tabularbesitz, d. i. den mit gewissen Rechtswirkungen ausgestatteten Zustand des Eingetragenseins im öffentlichen (Grund-) Buche.

[28]) Streitig ist, ob, wenn der Besitzer sich des Besitzes an einen Anderen entschlagen will, der Besitzaufgabewille dadurch bedingt ist, daß der Erwerber tatsächlich den Besitz erlangt, so daß der Besitz andernfalls nicht verloren geht. Vgl. die berühmte Antinomie zwischen l. 18 § 1 und l. 34 pr. D. 41, 2.

ein solches adipiscendae possessionis (S. 663[8]). Die Ersitzung läuft aber trotzdem nach dem Tode des Ersitzenden weiter, soweit nicht etwa dritte die Sachen in Besitz nehmen[29]).

β. Untergang der besessenen Sache. Als Untergang gilt auch die Einfügung in eine andere Sache als Bestandteil (S. 204) und in gewissen Grenzen die Entziehung der Verkehrsfähigkeit (D. 41, 2, 30, 1 und 4).

4. Wird der Besitz durch Mittelspersonen ausgeübt, so wirken als Endigungsgründe gleichfalls der Tod des Vertretenen (nicht aber der des Vertreters, D. 41, 2, 25, 1) und der Untergang der Sache. Im übrigen tritt regelmäßig der Verlust animo in der Person des Vertretenen, corpore in der Person des Vertreters ein.

Was den Besitzverlust an den Vertreter selbst betrifft, so kann er sich entweder im Einverständnisse mit dem Vertretenen vollziehen (brevi manu traditio, S. 652) oder er kann eigenmächtig herbeigeführt werden. Über den letzteren Fall vgl. oben S. 653.

## § 116. Schutz des Besitzes.

### a. Allgemeines[1]).

1. Wie S. 654 hervorgehoben, ist eine der wichtigsten Rechtsfolgen des Besitzes, daß er als solcher geschützt ist,

---

[29]) D. 41, 2, 30, 5: Quod per colonum possideo, heres meus nisi ipse nactus possessionem non poterit possidere: retinere enim animo possessionem possumus, apisci non possumus. sed quod pro emptore possideo per colonum etiam, usucapiet etiam heres meus. Ebenso nach ABGB., wie sich aus der Fiktion des § 547 ergibt, wonach vor der Annahme des Erben die Verlassenschaft so betrachtet wird, als ob sie noch von dem Verstorbenen besessen würde.

[1]) Der Besitzschutz ist im positiven Recht aller Kulturvölker anerkannt. Zu den berühmtesten Streitpunkten des Gemeinen Rechts gehören jedoch die beiden Fragen: welches ist der innere (rechtsphilosophische) Grund des Besitzschutzes und wie hat sich im rR. der Besitzschutz geschichtlich entwickelt?

a. Grund des Besitzschutzes.

Man unterscheidet relative und absolute Theorien des Besitzschutzes.

ohne Rücksicht darauf, ob der Besitzer ein Recht zum Besitze hat[2]). Es ist daher einer der grundlegenden Sätze des

1. Die relativen Besitzschutztheorien beruhen auf dem Gedanken, daß der Besitz nicht um seiner selbst willen geschützt werde, sondern daß der Besitzschutz nur ein Mittel zum Schutz anderweiter rechtlicher Interessen ist. Nach Savigny bezweckt der Besitzschutz den Schutz der Persönlichkeit des Besitzers gegen Gewalt, die Besitzschutzklagen seien im Grunde Deliktsklagen. Dies trifft aber nur für das interdictum unde vi (S. 670) zu, nicht auch für die übrigen Besitzschutzmittel. Nach Jhering wird im Besitze das Eigentum geschützt. Der Besitzer einer Sache sei in der Regel auch deren Eigentümer; der Besitzschutz werde gewährt, um den Eigentümer des umständlichen (unten § 127 b) Beweises seines Eigentums zu überheben. Da dieser Schutz jedoch dem Eigentümer allein auf Grund seines Besitzes zukäme, könne sich auch der besitzende Nichteigentümer darauf berufen. Hiergegen spricht jedoch, daß der selbst sofort zu erbringende Nachweis des Nichteigentums des Besitzes im Besitzprozesse unzulässig ist.

2. Die absoluten Besitzschutztheorien gehen davon aus, daß der Besitz um seiner selbst willen geschützt werde. Die wichtigste derselben ist die Willenstheorie (Bruns, Windscheid): der im Besitze verwirklichte Wille müsse von dem noch nicht verwirklichten Willen geachtet werden; wer den bestehenden Zustand eigenmächtig, d. h. ohne Anrufen der vom Staat eingesetzten Organe, der Gerichte, ändere, verletze den Rechtsfrieden und sei daher, auch wenn die Änderung an sich dem Recht entsprechen würde, zunächst zur Wiederherstellung des früheren Zustands verpflichtet.

b. Geschichtliche Grundlage des Besitzschutzes im rR.

1. Nach der einen Ansicht (Jhering) sind die possessorischen Interdikte (S. 663) zur Vorbereitung des petitorium (unten § 127) geschaffen worden: der Besitzprozeß habe bezweckt, festzustellen, welche Partei sich im Eigentumsbesitze befinde, und daher in dem dem Besitzprozeß folgenden Eigentumsprozesse die günstigere Parteistellung des Beklagten einzunehmen habe (vgl. I. 4, 15, 4); vgl. S. 665[13].

2. Nach der anderen Meinung ist die Feststellung der Parteirollen im Eigentumsprozesse zwar eine wichtige Funktion der Besitzklagen, aber nicht die alleinige und ursprüngliche. Nach Niebuhr und Dernburg dienten die Interdikte ursprünglich zum Schutze des Besitzes am ager publicus. Diesem wichtigen (S. 93[4]) Bestandteile des Vermögens der römischen Bürger habe der Eigentumsschutz gefehlt, da Eigentum daran — als an einer res extra commercium — nicht habe erworben werden können; da ein Rechtsschutz nicht zu entbehren gewesen sei, habe der Prätor durch Schutz des Besitzes geholfen.

[2]) Der Besitzschutz kommt natürlich auch demjenigen zugute, der ein Recht zum Besitze hat. Von besonderer Bedeutung ist er aber gerade für denjenigen, der eines solchen Rechts entbehrt. Der Eigen-

Besitzprozesses, daß dem wegen Störung oder Entziehung des Besitzes vorgehenden Kläger vom Beklagten nicht die sog. exceptio dominii, d. h. der Einwand entgegengestellt werden kann, der vom Beklagten — wenn auch durch „verbotene Eigenmacht" — hergestellte Zustand entspreche dem Rechte (ebenso ABGB. §§ 339 und 346).[3][4])

---

tümer oder der Ersitzungsbesitzer, der im Besitze gestört oder dem der Besitz entzogen wird, kann gegen den Täter mit petitorischen Rechtsbehelfen, der actio negatoria und der rei vindicatio oder der Publiciana (unten §§ 127 ff.), vorgehen, wenn es ihm auch unter Umständen wegen des einfacheren Beweises (S. 666[10]) bequemer sein wird, possessorisch zu klagen. Wer aber zB. eine Sache als Pfandgläubiger, Prekarist oder Sequester besitzt, wäre gegen Eingriffe regelmäßig schutzlos, wenn er nicht possessorisch klagen könnte. Das gleiche gilt für den Dieb, der zwar dem Bestohlenen gegenüber des Rechtsschutzes unwürdig ist, nicht aber einem Dritten gegenüber (qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possidet, plus iuris habet quam ille, qui non possidet, D. 43, 17, 2, oben S. 645[6]); auch er ist auf die possessorischen Rechtsbehelfe angewiesen, da er weder Eigentümer noch Ersitzungsbesitzer ist, ihm also weder die rei vindicatio oder negatoria noch die Publiciana zur Seite steht.

[3]) Hat zB. A den B am 1. Oktober des Besitzes eines Wohnhauses entsetzt, so kann er der Besitzklage nicht den Einwand entgegenstellen, er habe das Haus vom 1. Oktober ab von B gemietet. Rechtsbehelfe, denen petitorische, d. h. dem Rechte zum Besitz entnommene Einwendungen entgegengestellt werden können, sind keine possessorischen, sondern petitorische Rechtsschutzmittel (vgl. unten S. 673 über das interdictum de precario). Dagegen ist im Besitzprozeß unter Umständen eine andere Einwendung von Bedeutung, nämlich der Einwand, der Kläger könne sich auf seinen — vom Beklagten gestörten oder vernichteten — Besitzstand nicht berufen, da der letztere dem Beklagten gegenüber als fehlerhaft hergestellt (S. 645) nicht in Betracht komme (sog. exceptio vitiosae possessionis, unten S. 645).

[4]) Da im Besitzprozeß, wie in Anm. 3 dargetan, das Recht zum Besitz unerörtert bleibt, so ist der im Besitzprozeß Unterliegende nicht gehindert, den ihm abgesprochenen Besitz durch eine petitorische Klage zurück zu verlangen. ZB. A hat dem B ein Pferd verpfändet, nach Abzahlung der Schuld die Rückgabe des Pferdes verlangt, bei Bs Weigerung aber nicht geklagt, sondern dem B das Pferd heimlich aus dem Stalle geholt. Dann kann B possessorisch auf Rückgabe klagen. Wird A hierzu verurteilt, so kann B der auf seine Verpflichtung zur Auslieferung des Pferdes an A infolge des Erlöschens des Pfandrechts gestützten (petitorischen) Klage des A (actio pigneraticia in personam directa, unten § 139 a 3 α) nicht die exceptio rei iudicatae ent-

2. Ein Eingriff in den Besitzstand kann in doppelter Weise erfolgen: durch bloße Störung und durch völlige Entziehung des Besitzes. Eine Besitzstörung liegt vor, wenn jemand in den Besitz eines Anderen nur in einzelnen Beziehungen eingreift, sei es, daß er selbst gewisse Besitzhandlungen vornimmt oder daß er den Besitzer an der beliebigen Vornahme solcher Handlungen hindert[5]).

3. Die Abwehr „verbotener Eigenmacht" (ABGB. § 19), d. h. eines vom Rechte nicht gestatteten und gegen den Willen des Besitzers erfolgenden Eingriffs in den Besitzstand, kann, wie die Abwehr sonstiger Verletzungen der Rechtsordnung (S. 338), erfolgen durch Selbstschutz (unten b) und durch Rechtsschutz (unten c).

### b. Selbstschutz des Besitzers.

Der Selbstschutz (S. 338) hat gerade für den Schutz des Besitzstandes eine besondere Bedeutung. Zunächst gilt für die Verteidigung des bedrohten Besitzstandes auch hier der Satz: vim vi repellere licet (D. 43, 16, 1, 27). Man ist aber darüber hinaus zur gewaltsamen Wiedererlangung des schon entzogenen Besitzes befugt, sofern sie in unmittel-

---

gegensetzen; vgl. D. 44, 2, 14, 3: Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur. Insofern schafft die Entscheidung im Besitzprozeß unter Umständen nur eine vorläufige Regelung des Besitzstandes. Läuft daher neben dem Besitzprozeß ein petitorisches Verfahren einher (hat zB. im vorstehenden Falle A, als er von B auf Rückgabe des Pferdes possessorisch verklagt wurde, seinerseits sofort auf Feststellung, daß B zur Rückgabe des Pferdes wegen Beendigung des Pfandrechts verpflichtet sei, geklagt, vgl. D. 41, 2, 12, 1) und führt das Petitorium früher zu einem endgültigen Ergebnis, so wird das Possessorium dadurch gegenstandslos („petitorium absorbet possessorium", vgl. ABGB. §§ 347 und 372).

[5]) Beispiele positiver Besitzstörungen sind aus den Quellen zB.: Immission (unten § 119 b 1) von Rauch oder Steinsplittern (D. 8, 5, 8, 5), Bauen, Graben, Säen auf fremdem Grund und Boden (D. 39, 1, 5, 10); Beispiele negativer Besitzstörungen zB.: Hinderung des Besitzers an einem Bau (D. 41, 2, 52, 1; 43, 16, 11) oder einer Reparatur (D. 10, 3, 12; 43, 17, 3, 2ff.).

barem Anschluß an die Besitzentsetzung erfolgt[6]). Dagegen ist es dem Eigentümer in anderen Fällen (C. 8, 4, 7, S. 341) bei Strafe des Verlustes seines Eigentums ausdrücklich verboten, sich eigenmächtig in den Besitz der von einem Anderen besessenen Sache zu setzen[7]).

c. Rechtsschutz des Besitzers.

Die dem Besitzer gegen einen Eingriff in seinen Besitzstand gewährten Rechtsschutzmittel bezwecken je nach der Art des Eingriffs (S. 661): den Schutz des bestehenden Besitzes gegen Störung oder die Wiedererlangung des entzogenen Besitzes. Die Besitzschutzmittel des rR. beruhen auf dem Imperium des Prätors und wurden im Interdiktenverfahren gewährt. Diese besondere Verfahrensart fiel in der Kaiserzeit fort, die Bezeichnung der Besitzschutzmittel als interdicta erhielt sich aber und man bezeichnet noch heute die Besitzklagen als „possessorische Interdikte", den Besitzschutz als „Interdiktenschutz" und den juristischen Besitz als „Interdiktenbesitz".

Nach dem oben erwähnten Zwecke sind zwei Klassen von Interdikten zu unterscheiden: interdicta retinendae possessionis auf Wiederherstellung gestörten und interdicta recuperandae possessionis auf Wiederherstellung entzogenen Besitzes[8]).

---

[6]) D. 43, 16, 3, 9: Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo, dummodo sciamus non solum resistere permissum, ne deiciatur, sed et si deiectus quis fuerit, eundem deicere non ex intervallo, sed ex continenti. Ganz ähnlich ABGB. § 344.

[7]) Hierdurch ist jedoch die Selbstbefriedigung nur dem juristischen Besitzer gegenüber verboten. Dem Detentor, so vor allem einem Mieter oder Pächter, kann der juristische Besitzer nach rR. stets eigenmächtig die Sache wegnehmen; denn dem Besitzer gegenüber ist der Detentor schutzlos. Anders dagegen nach österr. Rechte; vgl. ABGB. §§ 19 und 339 und OGH. Nr. 206, 3135, 9377, 12931, 7387 u. a. m.

[8]) Wenn man unter „possessorischen Interdikten" oder „Besitzklagen" diejenigen Rechtsbehelfe versteht, bei denen es sich im Gegensatze zu den petitorischen Klagen (quae proprietatis causam habent) um die Regelung des Besitzes als solchen, ohne Rücksicht auf das Recht zum Besitze, handelt (quae possessionis causam continent), bei

### 1. Besitzschutz gegen Störung.

α. Das ältere rR. gewährte dem in seinem Besitze gestörten Besitzer zwei nach Voraussetzungen und Wirkungen verschiedenartig gestaltete interdicta retinendae possessionis: das interdictum uti possidetis für **Grundstücke** und das interdictum utrubi für **Mobilien**[9]).

a. Die Formel des interdictum uti possidetis lautet (D. 43, 17, 1, pr. Ait praetor): Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto[10]). Im Besitzstörungsstreit um Grundstücke siegt

---

denen also die erfolgte Regelung des Besitzstandes keine endgültige ist, so gehört zu ihnen noch eine dritte Gattung von Interdikten, nämlich die interdicta adipiscendae possessionis, mit welchen ein Besitz neuerstrebt wird. Zu ihnen gehört zB. das interdictum quorum bonorum des vom Prätor in eine Erbschaft Eingewiesenen (bonorum possessor) zur Erlangung der im Besitze von dritten befindlichen res hereditariae (D. 43, 2); das interdictum quod legatorum für den Erben gegen den Legatar, der sich eigenmächtig in den Besitz der vermachten Sache gesetzt hat (D. 43, 3); das interdictum Salvianum für den Vermieter und Verpächter zur Geltendmachung ihres Pfandrechts an den invecta et illata des Mieters und den Feldfrüchten des Pächters (S. 548). Bei der hier zu behandelnden Frage des Besitzschutzes kommen aber nur die Rechtsbehelfe in Betracht, welche die Wiederherstellung eines bereits vorhanden gewesenen Besitzstandes bezwecken interd. (retinendae und recuperandae possessionis). Auch das ABGB. §§ 339, 346, 347 versteht unter Besitzklagen nur die Klagen wegen Entziehung oder Störung des schon vorhanden gewesenen Besitzes.

[9]) D. 43, 17, C. 8, 6: Uti possidetis. D. 43, 31: Utrubi. Benannt nach den Anfangsworten der Formula.

[10]) Savigny zog aus diesen auch im interdictum utrubi sich findenden (S. 664) Worten den Schluß, daß die Besitzinterdikte Deliktscharakter gehabt hätten, indem er annahm, daß die Rechtsfolgen des Interdikts nur bei gewalttätigem Handeln gegen das im Interdikt ausgesprochene Verbot eintreten sollten. Er folgerte hieraus, daß zur Anwendung des Interdikts bloß wörtliche Besitzanmaßung („Verbalstörung", controversia de possessione) nicht genüge, vielmehr „Realstörung" (turbatio) erforderlich sei. Dem widerspricht jedenfalls, daß das interdictum uti possidetis auch für den Fall anwendbar ist, daß eine Störung überhaupt noch nicht erfolgt, sondern das Interdikt lediglich als Präjudizialklage zur Vorbereitung des Eigentumstreites

also der Kläger, wenn der iudex feststellt, daß der Kläger beim Erlasse des Interdikts (interdictum redditum) und seit das Interdiktenverfahren als besondere Verfahrensart fortgefallen war, zur Zeit der Litiskontestation in — dem Beklagten gegenüber; S. 665 — fehlerfreiem Besitze gewesen ist.

b. Die Formel des interdictum utrubi lautet (D. 43, 31, pr. Praetor ait): Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni [nec vi nec clam nec precario ab altero] fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto. Im Besitzstörungsprozeß um Mobilien war hiernach nicht der fehlerlose Besitz im Augenblicke der Klaganstellung maßgebend; vielmehr siegte die Partei, die im Laufe des letzten Jahres vor der Klaganstellung (interd. redditum, später Litiskontestation) länger im fehlerlosen Besitze gewesen war als der Gegner (D. 50, 16, 156). Jede Partei konnte sich aber die fehlerlose Besitzzeit ihrer Besitzvorgänger anrechnen (sog. accessio possessionis).[11])

Im justinianischen Recht ist aber diese Eigentümlichkeit des Besitzstörungsprozesses für Mobilien weggefallen und die Grundsätze des interdictum uti possidetis finden auch auf bewegliche Sachen Anwendung[12]).

β. Der Kläger muß hiernach nach jüngstem rR. zur

---

angestellt wird (S. 665[13]). In der Tat bedeuten die Edikтsworte „vim fieri veto" (was erst aus Gajus' Institutionen festgestellt worden ist, so daß Savigny davon noch keine Kenntnis hatte) nicht, daß Voraussetzung der Klage aus dem interdictum uti possidetis gewaltsames Handeln gegen das darin ausgesprochene Verbot ist, sondern diese Worte beziehen sich auf die im Verfahren des interdictum uti possidetis vorgeschriebene symbolische Gewaltansage (unten S. 668).

[11]) G. 4, 151: Sed in utrubi interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam iustum est ei accedere, veluti, eius cui heres extiterit, eiusque a quo emerit vel ex donatione aut dotis nomine acceperit.

[12]) D. 43, 31, 1: . . . optinuit vim eius (des interdictum utrubi) exaequatam fuisse uti possidetis interdicto, quod de rebus soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi nec clam nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet.

Begründung des Anspruchs auf Besitzschutz in allen Fällen behaupten, daß er im juristischen Besitze der streitigen Sache ist und daß der Beklagte ihn hierin stört. Der Beklagte kann hiergegen keinenfalls einwenden, daß er zu dieser Störung berechtigt sei (exceptio dominii); denn das wäre eine im „Possessorium" unzulässige petitorische Einrede (S. 660[3]). Der Beklagte kann vielmehr nur:

a. entweder bestreiten, daß der Kläger juristischer Besitzer ist oder daß er den Kläger gestört hat[13]); dann muß der Kläger beides beweisen;

b. oder dies zugeben, aber einwenden, daß der Kläger sich dem Beklagten gegenüber im fehlerhaften Besitze befinde (sog. exceptio vitiosae possessionis). Hat sich nämlich der Kläger ohne Willen des Beklagten (vi aut clam) der Sache bemächtigt oder die ihm vom Beklagten auf beliebigen Widerruf (precario, S. 550[1]) überlassene Sache nach erfolgtem Widerruf nicht zurückgegeben, so ist er zwar juristischer Besitzer geworden (und daher allen anderen gegenüber geschützt). Dem Beklagten gegenüber kann er sich jedoch seines Besitzes nicht bedienen; denn nach der Formel

---

[13]) Häufig wird der Beklagte der Besitzstörungsklage des Klägers gegenüber einwenden, daß er selbst im Besitze des Streitgegenstands und seine vom Gegner als Störung seines Besitzes aufgefaßte Handlung nichts anderes als eine Betätigung des eigenen Besitzes ist, zB. wenn beide Teile ihr Vieh auf einem Weidestück weiden oder in einem Walde Holz schlagen lassen.

Behaupten beide Teile juristischen Besitz, dann kann das interd. uti possidetis, auch ohne daß schon eine Störung vorgekommen ist, zu dem Zwecke angestellt werden, um für das darauf folgende Petitorium die Parteirollen festzustellen (D. 43, 17, 1, 3). Hier hat der Richter lediglich festzustellen, wer fehlerloser Besitzer ist. Das interd. uti possidetis hat dann den Charakter einer Feststellungs- oder Präjudizialklage (vgl. CPO. § 228). Viele betrachten diesen Fall als den Ausgangspunkt der Besitzschutzklagen (S. 658[1]) und nehmen an, daß das interdictum uti possidetis erst später auf den Fall übertragen sei, daß jemand, ohne Besitz für sich in Anspruch zu nehmen, in den Besitzstand eines Anderen eingreift; vgl. G. 4, 148: Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia conparata sunt uti possidetis et utrubi.

des Interdikts wird er nur dann geschützt, wenn „nec vi nec clam nec precario alter ab altero“ besitzt [14]).

---

[14]) Behauptet der Beklagte seinerseits, im Besitze der Streitsache zu sein (Anm. 13), so hat das Verfahren die Natur eines duplex iudicium, ähnlich wie bei den Teilungsklagen (S. 597); der Richter kann sich, falls der Beklagte seinen Besitz beweist, nicht darauf beschränken, den Kläger abzuweisen, sondern er muß dem Beklagten den Besitz zusprechen (I. 4, 15, 7, D. 43, 17, 3, 2 und 44, 7, 37, 1). Diese Duplizität des Verfahrens kommt in dem an beide Parteien sich richtenden Text des i. u. p. zum Ausdruck.

Eine berühmte Streitfrage des Gem. R. ist nun, ob das i. u. p. auch in dem Falle zu einem iudicium duplex führen kann, wenn eine der Parteien den Besitz des Gegners zugesteht, aber einwendet, daß dieser ihn von ihr vi clam precario erlangt habe. ZB.: A hat im Sommer ein Ackerstück abgeerntet. Als er im Herbst den Acker neu bestellen will, wird er von B daran gehindert. Gegen As Klage aus dem i. u. p. erhebt B die exceptio vitiosae possessionis, indem er beweist, daß er den Acker im Frühjahr bestellt und A die Aberntung heimlich bewirkt hat. Es fragt sich nun, ob der Richter in solchem Falle sich auf Abweisung des Klägers beschränken oder darüber hinaus dem Beklagten den Besitz zusprechen müsse. Wäre letzteres richtig, so würde das interd. uti possidetis, das die Römer zweifellos zu den interdicta retinendae possessionis rechneten, rekuperatorische Wirkung erhalten und es müßte dann folgerichtig der seines Besitz vi clam precario Entsetzte gegen den iniustus possessor auch als Kläger mit dem i. u. p. vorgehen können, wäre also auf den an andere Voraussetzungen gebundenen Besitzschutz wegen Besitzentziehung (unten 2) nicht angewiesen.

In der Tat waren einzelne römische Juristen geneigt, dem i. u. p. rekuperatorische Wirkung zuzuschreiben. Mit der Tatsache, daß das i. u. p. lediglich ein interdictum retinendae nicht recuperandae possessionis war, fanden sie sich dadurch ab, daß sie den vi clam precario seines Besitzes Entsetzten im Verhältnis zum iniustus possessor als noch im Besitze befindlich fingierten. Da der letztere nun aber dritten gegenüber zweifellos juristischen Besitz hatte, so mußten sie eine possessio plurium in solidum annehmen, wobei der iustus possessor fingierter, der iniustus possessor wirklicher Besitzer war (Ulpian in D. 43, 17, 3, pr.). Diese dem Begriffe des Besitzes widersprechende (S. 649) Konstruktion wurde von Paulus in D. 41, 2, 3, 5 energisch zurückgewiesen: plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque it tenere videaris. Windscheid leugnet deshalb auch für das Gem. R. die rekuperatorische Kraft des interdictum uti possidetis, während Savigny sie für den Fall, daß der iniustus possessor wegen Störung gegen den iustus possessor klagt, und Dern-

γ. Das Ziel des i. u. p. ist: Zuweisung des Besitzes an eine der Parteien in den Fällen, in welchen das i. u. p. als Präjudizialklage angestellt wird (S. 665[13]); ferner, falls eine Störung schon eingetreten ist, Beseitigung derselben (D. 43, 17, 3, 9) und Strafandrohung nebst Auflage zur Sicherstellung für den Fall erneuter Störung (C. 8, 6, 1), endlich Schadensersatz, wenn den Störer ein Verschulden trifft (D. 43, 17, 3, 11). Der Anspruch aus der Störung verjährt in einem annus utilis (D. 43, 17, 1, pr.). Nach österr. Rechte (ZPO. §§ 454 und 457) sind Besitzstörungsklagen innerhalb 30 Tagen, nachdem der Kläger von der Störung Kenntnis erlangte, anzubringen. Der Schadensersatzanspruch kann in derselben nicht kumuliert werden. Letzterer verjährt nach drei Jahren von der Zeit an, zu welcher dem Beschädigten der Schaden bekannt wurde, ABGB. § 1489).

δ. Das Verfahren im Besitzstörungsprozesse vollzog sich im justin. Rechte nach den allgemeinen Verfahrensvorschriften. Wer sich in seinem Besitze gestört fühlte, klagte mit dem int. uti possidetis wie mit jeder anderen actio (I. 4, 15, 8). Daß man auch jetzt noch von interdictum statt von actio sprach, ist lediglich eine entwicklungsgeschichtliche Erinnerung. Im klassischen Rechte dagegen war das Interdiktenverfahren eine besondere Verfahrensart und das Verfahren im int. uti possidetis wegen der Möglichkeit eines iudicium duplex (S. 666[14]) besonderen Vorschriften unterworfen. Fühlt zB. A sich in dem Besitze seines Grundstücks x durch einen Eingriff seines Nachbars B als Besitzers des Grundstücks y (zB. durch einen Überbau, durch Immission von Rauch) gestört, so erbittet er vom Prätor den Erlaß des int. uti possidetis. Der Prätor

---

burg auch für den Fall anerkennt, daß der iustus possessor als Kläger auftritt.

Dagegen hatte das interd. utrubi unzweifelhaft rekuperatorische Kraft; denn für diesen Rechtsbehelf kam es nicht darauf an, wer von den Parteien zur Zeit der Klageerhebung fehlerlos besaß, sondern es siegte die Partei, die im letzten Jahre die längere Zeit fehlerlos besessen hatte, auch wenn sie im Augenblicke der Klageerhebung nicht mehr besaß.

erläßt nunmehr, ohne auf die Frage, ob tatsächlich eine Besitzstörung vorliegt, einzugehen, im Verwaltungswege an beide Teile das Interdikt, welches nur ganz allgemein jeder der Parteien verbietet, den fehlerlosen Besitz der anderen zu stören. B kann nun jedes weitere Verfahren dadurch vermeiden, daß er die von A als Besitzstörung bezeichnete Anlage beseitigt. Erst wenn er dies nicht tut, schließt sich an den Erlaß des Interdikts (interdictum redditum) ein gerichtliches Verfahren, in welchem festgestellt wird, ob eine Störung des Besitzes des A tatsächlich vorliegt. Zur Einleitung dieses Verfahrens ist sodann jede Partei, ähnlich wie beim Eigentumsprozeß (unten § 127 f) verpflichtet, eine gegen das Interdikt gerichtete symbolische Handlung („vis ex conventu") vorzunehmen, durch welche sie zu erkennen gibt, daß sie die Bedingung des in dem Interdikte liegenden Verbots nicht für gegeben erachte, daß nämlich ihr Verhalten nicht eine Störung des fehlerlosen Besitzes des Gegners darstelle. Jede Partei ist ferner verpflichtet, eine Strafsumme (sponsio) zu versprechen, für den Fall, daß ihr Handeln sich als gegen das Interdikt verstoßend, d. h. als Besitzstörung erweist, wogegen der Gegner die gleiche Summe (restipulatio) dagegen setzt. Jede Partei leistet also, eben weil ein iudicium duplex herbeigeführt werden soll, eine sponsio und eine restipulatio. Auf Zahlung der sponsio und restipulatio wird sodann im ordentlichen Verfahren Klage erhoben. Wird nun zB. in iudicio festgestellt, daß B den fehlerlosen Besitz des A durch den Überbau gestört hat, so wird er zur Zahlung der von ihm versprochenen sponsio und der restipulatio verurteilt und damit ist mittelbar („inzidenter") der Besitzstreit entschieden.

Handelt es sich beim interdictum uti possidetis um ein fruchttragendes Grundstück, so findet ferner die fructus licitatio statt, d. h. es wird die einstweilige Innehabung während der Dauer des Besitzprozesses mit dem Rechte zur Fruchtziehung der Partei, welche für den Fall des Unterliegens die höhere Summe verspricht, übertragen. In einem solchen Falle kommt es daher zu einem vierfachen iudicium: über die doppelten Strafsponsionen, über die Herausgabe der

Sache nebst den Früchten (iudicium Cascellianum s. secutorium) und über die Lizitationssumme (iudicium fructuarium). Wer bei der Lizitation den (vorläufigen) Besitz überwiesen erhalten hat, muß daher, falls er im Besitzprozeß unterliegt, die doppelte Strafe, sowie die ebenfalls als Strafe gedachte Lizitationssumme zahlen und außerdem die Sache mit den Früchten herausgeben.

Weigert sich der Beklagte diese das gerichtliche Verfahren erst in Gang bringenden Prozeßakte (symbolische Gewalt, Strafsponsion, fructus licitatio) vorzunehmen, so wird er durch ein neues Interdikt (secundarium interdictum) ohne weiteres zur Beseitigung der Störung verurteilt.[15])[16])

---

[15]) Das Verfahren nach Erlaß des interdictum uti possidetis. insbesondere der Zwang zum symbolischen Handeln gegen das Verbot („vim fieri veto", vgl. oben S. 663) ist erst aufgehellt durch G. 4, 166 ff.; vgl. besonders G. 4, 170: Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor, in eam rem prospexit et comparavit interdicta, quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur. quorum vis et potestas haec est, ut qui cetera ex interdicto non faciat, veluti qui vim non faciat aut fructus non liceatur aut qui fructus licitationis satis non det aut si sponsiones non faciat sponsionumve iudicia non accipiat, sive possideat, restituat adversario possessionem, sive non possideat, vim illi possidenti ne faciat. itaque etsi alias potuerit interdicto uti possidetis vincere si cetera ex interdicto fecisset, si non fecit, tamen per interdictum secundarium vincitur.

[16]) Seit dem Mittelalter erhielt das Verfahren des interdictum uti possidetis den Namen possessorium ordinarium und wurde zu einer Klage aus älterem oder „tituliertem" Besitz, also auf petitorischer Grundlage. Neben ihm schuf die kanonisch-gemeinrechtliche Praxis, zunächst wegen der Gefahr von Waffengewalt, sodann wegen der Umständlichkeit des ordinarium, besonders seit dessen petitorischer Umformung, das possessorium summariissimum, welches demjenigen, der die letzte ruhige Besitzhandlung glaubhaft machte, vorläufig den Besitz der Streitsache zuerteilte, unbeschadet einer anderen Besitzregulierung im ordentlichen Besitzverfahren.

Heute erfolgt die vorläufige Zuweisung des Besitzes im Wege der einstweiligen Verfügungen (CPO. § 458 und EO. § 392). Die materiellen Voraussetzungen der Besitzstörungsklagen enthalten die §§ 339, 346 und 347 ABGB.; vgl. auch CPO. §§ 454 ff.

2. Besitzschutz gegen Entziehung.

Interdicta recuperandae possessionis, d. h. Rechtsbehelfe zur Wiedererlangung entzogenen Besitzes sind das interdictum unde (oder de) vi und das interdictum de precario.

α. Interdictum unde vi[17]).

a. Voraussetzungen dieses Rechtsbehelfs sind[18]):

1) Verdrängung (deiectio) aus dem juristischen Besitz eines Grundstücks. Das Interdikt steht also nur dem juristischen Besitzer (D. 43, 16, 1, 9 und 23, nicht zB. einem Mieter, der also dem ihn entsetzenden Vermieter gegenüber schutzlos war, oben S. 542) und nur bei Entziehung des Besitzes eines Grundstücks zu. Für bewegliche Sachen (zB. Schiffe, D. 43, 16, 1, 7) war der Entsetzte — nachdem das auch rekuperatorisch wirkende interdictum utrubi (S. 666[14]) seine Eigenart verloren hatte (S. 664) — auf die actio furti und die condictio furtiva (S. 628 ff.), gegebenenfalls auf eine actio vi bonorum raptorum (S. 614) oder die actio ad exhibendum (S. 628) angewiesen (D. 43, 16, 1, 6).[19])

---

[17]) D. 43, 16: De vi et de vi armata; C. 8, 4: Unde vi. Nicht zu verwechseln mit dem interdictum unde vi des juristischen Besitzers gegen Besitzentziehung ist das unten § 119 b 3 β zu besprechende interdictum quod vi aut clam, durch welches jeder Interessent — auch ein bloßer Detentor — gegen ihn schädigende eigenmächtige Veränderungen (vi aut clam) an einem Grundstücke geschützt ist.

[18]) Die das interdictum unde vi betreffende Ediktsstelle lautete (D. 43, 16, 1, pr., Praetor ait): „Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deiecit pervenerit, iudicium dabo".

[19]) Streitig ist, ob das interdictum unde vi unmittelbar oder analog auf Mobilien ausgedehnt worden ist. Man berief sich hierfür auf das (dem Codextitel „unde vi" einverleibte) bekannte Gesetz der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arkadius von 389 n. Chr. (C. 8, 4, 7), welches die Selbsthilfe gegen den Besitzer verbot und die Rückgabe der Sache an ihn vorschreibt (S. 341). Mit welcher Klage die Rückforderung verlangt werden könne, ist dort jedoch nicht gesagt.

2) Gewaltsame Verdrängung (durch vis atrox oder Bedrohung, D. 43, 16, 1, 3, vgl. D. 43, 16, 1, 29). Der gewaltsamen Verdrängung wurde nach C. 8, 4, 11 die eigenmächtige Besitzergreifung eines Grundstücks in Abwesenheit des Besitzers gleichgestellt[20]).

b. Als Beklagter unterliegt dem interdictum unde vi der Dejizient, gleichgültig ob er noch im Besitz ist oder nicht (D. 43, 16, 1, 42). Als Dejizient gilt aber auch, wer die Dejektion veranlaßt oder genehmigt (D. 43, 16, 1, 12 bis 14). Das interdictum unde vi geht nach Ablauf eines annus utilis und gegen die Erben von vornherein nur auf die Bereicherung (D. 43, 16, 1, 1, C. 8, 4, 2), gegen Sondernachfolger überhaupt nicht (D. 43, 16, 7).

Dem Beklagten steht — anders als beim int. uti possidetis, S. 663 — die exceptio vitiosae possessionis ab adversario, also der Einwand, daß er sich nur eines Besitzes wieder bemächtigt habe, den ihm der Kläger vorher eigenmächtig entzogen habe, nicht zu[21]), ebensowenig eine petitorische

---

Anerkannt ist dagegen — weil der Besitz, obwohl kein ius im eigentlichen Sinne, so doch mit Rechtsvorteilen verknüpft ist, S. 642[3] —, daß Besitz, den ein Anderer vom bisherigen Besitzer ohne Rechtsgrund erlangt, sei es zufällig, zB. an einem zugelaufenen Tiere, sei es durch seine Handlung, zB. Unterschlagung der verwahrten Sache, mit einer Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert werden könne (condictio possessiones, D. 12, 6, 15, 1; 13, 3, 2; 47, 2, 25, 1). Die Bereicherungsklage ist keine eigentliche Besitzklage; sie unterliegt daher nicht der exceptio vitiosae possessionis, dagegen der exceptio dominii und sonstigen petitorischen Einreden, verjährt in 30 Jahren und geht unbeschränkt auch gegen den Erben.

[20]) Gegen heimliche Besitzentziehung gab es wahrscheinlich ursprünglich ein interdictum de clandestina possessione, das jedenfalls im justinianischen Rechte weggefallen ist. Für Grundstücke wurde es durch obigen Satz überflüssig, für bewegliche Sachen half die actio furti, die condictio furtiva und die condictio possessionis.

[21]) Neben dem interdictum unde vi wurde in der unruhigen Zeit der Bürgerkriege noch ein interdictum de vi armata aufgestellt, bei dem (im Gegensatze zur vis cottidiana) die exceptio vitiosae possessionis ausgeschlossen war (G. 4, 154, 155, I. 4, 15, 6). Im justinianischen Rechte sind die beiden Interdikte verschmolzen und die exceptio vitiosae possessionis nunmehr auch bei dem interdictum de vi cottidiana versagt. Nach Ihering soll außerdem in der

Einrede, d. h. der Einwand, daß der Beklagte zum Besitze berechtigt sei (zB. als Eigentümer oder Pfandgläubiger, exceptio dominii, S. 663).

c. Das Ziel der Klage ist Wiederherstellung des Zustands vor der Dejektion, also vor allem Herausgabe des Grundstücks mit allen gewinnbaren Früchten (fructus percepti und percipiendi, C. 8, 4, 4) und Akzessorien (cum omni causa) vom Augenblicke der Entsetzung an und Rückgabe der zu dieser Zeit auf dem Grundstücke vorhanden gewesenen Mobilien (D. 43, 16, 1, 40 und 41). Nach einem Gesetze von Zeno kann der Kläger den Wert der ihm abhanden gekommenen Mobilien eidlich schätzen, jedoch nicht über einen vom Richter festzusetzenden Höchstbetrag hinaus (sog. iusiurandum Zenonianum, S. 414).[22])

β. Interdictum de precario.

Überläßt der Besitzer einer (beweglichen oder unbeweglichen, D. 43, 26, 4, pr.) Sache diese einem Anderen „precario" (oben S. 550[1]), d. h. auf dessen Bitte (preces) gegen beliebigen Widerruf (davon prekär = unsicher), so wird der Empfänger (precario accipiens, Prekarist) juristischer Besitzer (S. 643). Widerruft der Hingebende (precario dans) die Hingabe, so wird die possessio precaria dem precario dans gegenüber fehlerhaft (vitiosa) und der precario dans kann die Rückgabe mit dem interdictum de

---

Kaiserzeit noch ein erweiterter Besitzschutz gegen jeden Besitzverlust ohne den Willen des Besitzers durch eine actio momentariae possessionis oder actio momenti gewährt worden sein (C. 8, 4, 8). Im jüngsten rR. war diese Klage jedenfalls nicht mehr vorhanden.

[22]) C. 8, 4, 9. Ein Recht auf einen solchen Schätzungseid gibt es heute nicht mehr; es kann jedoch das Gericht, wenn feststeht, daß einer Partei der Ersatz eines Schadens oder des Interesses gebührt, oder daß sie sonst eine Forderung zu stellen hat, und wenn der Beweis über den streitigen Betrag des zu ersetzenden Schadens oder Interesses oder der Forderung sich gar nicht oder mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten erbringen läßt, nach eidlicher Vernehmung einer der Parteien über die für die Festsetzung des Betrages maßgebenden Umstände, die Höhe des Betrages nach freiem Ermessen bestimmen (ZPO. § 273).

precario erzwingen (D. 43, 26, C. 8, 9). Bis zum Erlasse des Interdikts haftet der Prekarist nur für dolus und culpa lata, nachher auch für Zufall (D. 43, 26, 8, 6). Die Klage geht auch gegen den „qui dolo malo facit, ut desineret habere", ähnlich wie die rei vindicatio gegen den fictus possessor (unten § 127 b), sowie gegen den Erben (D. 43, 26, 8, 8) und verjährt in 30 Jahren (D. 43, 26, 8, 7). Der Prekarist kann nicht seinerseits die exceptio vitiosae possessionis machen, wohl aber die exceptio dominii. Manche nehmen daher an, daß das int. de precario gar kein possessorisches Interdikt ist, sondern auf dem vom Prekaristen durch Übernahme der Sache als Prekarium eingegangenen Schuldverhältnisse beruht[23]).

---

[23]) Der Besitzschutz gegen Entziehung ist vom Gemeinen Recht auf Grundlage des kanonischen Rechts sehr erweitert worden. Diese Erweiterung des Besitzschutzes führt auf ein in die sog. Pseudoisidorische Sammlung aufgenommenes und von da in das Decretum Gratiani, den ersten Teil des Corpus iuris canonici, übergegangenes, gefälschtes Kirchengesetz zurück, nach welchem ein seines Vermögens oder seiner Diözese beraubter Bischof sich vor der Restitution auf keine Anklage einzulassen braucht; sog. Canon Redintegranda (sunt omnia exspoliatis vel eiectis episcopis usw.). Hieraus leitete man zunächst eine exceptio spolii ab, womit ein seines Besitzes Entsetzter vor Wiederherstellung des Besitzstandes jeden Anspruch des Dejizienten abweisen konnte („spoliatus ante omnia restituendus"). Hierauf gründete man (Innocenz III., 4. Laterankonzil von 1215, sog. Canon Saepe) alsdann eine Klage (condictio ex canone, später actio spolii genannt), die nicht nur, wie das interdictum unde vi, dem juristischen Besitzer eines Grundstücks gegen den gewalttätigen Dejizienten binnen Jahresfrist, sondern jedem an der Besitzentziehung Interessierten (zB. auch dem Mieter und dem Pächter) wegen jedes unfreiwilligen Besitzverlustes zustand, auch bei Mobilien anwendbar war, auch gegen den dritten schlechtgläubigen Inhaber der Sache ging und erst in 30 Jahren verjährte.

Das österr. Recht gewährt sowohl für Sach- als auch für Rechtsbesitz eine kondemnatorische Klage wegen entzogenen Besitzes. Geschützt wird gegen Entsetzung jeder Besitz, von was immer für einer Beschaffenheit er ist (ABGB. § 339), nicht aber die detentio (S. 645[5]).

## § 117. Der Rechtsbesitz.

### a. Begriff.

Sachbesitz (oder Besitz schlechthin) ist die Ausübung der vollen tatsächlichen Herrschaft über eine Sache. Dementsprechend nennt man Rechtsbesitz die tatsächliche Ausübung eines Rechts, wobei mit Rücksicht darauf, daß der Besitz einen dauernden Zustand voraussetzt, nur Rechte in Frage kommen können, die einer dauernden Ausübung fähig sind, nicht aber solche, die — wie zB. die meisten Obligationen — sich in einer einmaligen Leistung erschöpfen.

Das rR. hat aber ferner den von den Quellen als iuris quasi possessio bezeichneten Rechtsbesitz nur bei den Servituten und den eigentumsähnlichen Nutzungsrechten Superfizies und Emphyteuse (unten § 131) anerkannt[1]).

### b. Erwerb und Verlust des Rechtsbesitzes

erfolgen nach den Regeln des Sachbesitzes (S. 648 ff.).

1. Für den Erwerb ist also erforderlich:

*α.* corpus, d. h. Herstellung eines Zustands, der die Ausübung einer Servitut darstellt (usus iuris pro traditione accipiendum, D. 8, 1, 20), zB. Überschreiten des Grundstücks, Wasserschöpfen, Überbauen; bei negativen Servituten, d. h. solchen, die zu einem Verbieten berechtigen, zB. einer Aussichtsgerechtigkeit, genügt nicht das Bestehen eines der Servitut entsprechenden Zustands, sondern dieser Zustand muß auf der Ausübung des wirklichen oder angemaßten Verbietungsrechts beruhen, sei es, daß eine vertragliche Ein-

[1]) In viel umfassenderem Maße nahm das Gem. Recht auf Grundlage des deutschrechtlichen Besitzinstituts, der Gewere, und seiner Fortbildung durch das kanon. Recht, Rechtsbesitz bei allen Rechten an, die einer dauernden Ausübung zugänglich waren, insbesondere auch bei Rechten öffentlichrechtlicher Natur (zB. Hoheitsrechten, Rechten auf Zehnten und Fronden) und Familienrechten (Ehebesitz). Das österr. Recht anerkennt den Besitz nicht nur an dinglichen Rechten, sondern an allen Vermögensrechten, soweit sie nicht durch einmalige Ausübung erlöschen. Der Rechtsbesitz wird vom Gesetze: „Besitz an unkörperlichen Sachen" (§§ 311, 312) genannt.

räumung des letzteren erfolgt ist oder daß der Gegner sich einem entsprechenden Verbote gefügt hat (vgl. ABGB. § 313);

β. animus, d. h. der Wille, ein tatsächliches Verhalten als Inhalt eines Rechts auszuüben (vgl. D. 8, 6, 25; 43, 19, 7). Unerheblich ist dagegen auch hier (S. 643) die Meinung der Ausübenden, hierzu berechtigt zu sein.

2. Der Verlust des Rechtsbesitzes tritt ein beim Fortfall des animus oder des corpus, bei negativen Servituten, wenn der durch das Verbietungsrecht Betroffene demselben mit Duldung des bisherigen Besitzers entgegenhandelt (vgl. ABGB. § 351).

c. Wirkungen des Rechtsbesitzes.

1. Der Rechtsbesitz erscheint als Tatbestandsmoment für den Erwerb von Servituten durch Ersitzung (unten § 135 c) und für die Aufhebung entgegenstehender Rechte durch usucapio libertatis (unten § 136 e).

2. Der Servitutenbesitzer wird in seinem Besitze gegen Störung und Entziehung geschützt, aber nicht durch eine allgemeine Klage, sondern durch besondere und an bestimmte Voraussetzungen gebundene Interdikte.

α. Dem Besitzer einer Personalservitut (usus-fructus und usus) stehen die interdicta uti possidetis und unde vi als utilia zur Seite (D. 43, 17, 4; 43, 16, 3, 13 ff.).

β. Im Besitz von Rustikalservituten wird geschützt:

a. durch das interdict. de itinere actuque privato (D. 43, 19) derjenige, der eine Wegegerechtigkeit (iter, actus, via, unten § 133 b 1) an mindestens 30 Tagen innerhalb des Jahres vor der Klageanstellung nec vi nec clam nec precario ab adversario ausgeübt hat (D. 43, 19, 1, 2) und nunmehr daran gehindert wird [2]);

b. durch das interdictum de aqua (D. 43, 20: De aqua quottidiana et aestiva) derjenige, der im letzten

[2]) Wird er an der Reparatur des Weges gehindert, so muß er sein Recht zur Benutzung beweisen, alsdann wird ihm ein (petitorisches) interd. de itinere reficiendo gewährt (D. 43, 19, 3, 11).

Jahre eine Wasserleitung mindestens einmal fehlerlos und gutgläubig benutzt hat; zur Ermöglichung der Ausbesserung der Wasserleitung dient ein besonderes interd. de rivis (D. 43, 21), dem Besitzschutze einer Wasserschöpfgerechtigkeit ein int. de fonte (D. 43, 22) und ein int. de fonte reficiendo.

γ. Von den Gebäudeservituten bedürfen die zu einem Tun oder Haben berechtigenden (positiven, unten § 132 a 1) eines besonderen Besitzschutzes nicht, weil ein Eingriff in sie als Störung im Besitze des herrschenden Grundstücks anzusehen und daher mit dem int. uti possidetis verfolgbar ist (D. 8, 2, 20, pr.). Die negativen (auf ein Verbieten, zB. des Vorbauens) abzielenden Gebäudedienstbarkeiten entbehren eines besonderen Besitzschutzes; der Besitzer ist auf das interd. quod vi aut clam angewiesen (unten § 119 b 3 β).

Auf Gestattung der Reinigung und Wiederherstellung eines bisher — wenn auch vi, clam, precario — benutzten Abzugsgrabens geht ein int. de cloacis (D. 43, 23).[3])

[3]) Der gerichtliche Schutz des Rechtsbesitzes richtet sich nach denselben Normen (ABGB. §§ 339, 346) wie jener des Sachbesitzes.

# Zweiter Abschnitt. Eigentum.

## § 118. Das Eigentum. Allgemeines[1]).

### a. Begriff.

**Eigentum** (dominium, proprietas) **ist das begrifflich nicht beschränkte Recht der Herrschaft über eine körperliche Sache.**

[1]) Die Einteilung der (körperlichen) Sachen in bewegliche und unbewegliche hat, wie S. 218 dargelegt, auch schon nach rR. in einzelnen Beziehungen (Besitzschutz, Ersitzung, Verfügungsbefugnis) rechtliche Bedeutung. Weitaus bedeutungsvoller ist diese Einteilung für das deutsche Recht gewesen. Im Nationalvermögen der Römer, als eines handeltreibenden und seefahrenden Volkes, spielte das mobile Kapital eine mindestens ebenso große Rolle wie das Grundvermögen. Für die im wesentlichen Ackerbau treibenden Deutschen trat dagegen die „fahrende Habe" dem Grundvermögen gegenüber völlig zurück. Während daher Mobilien und Immobilien hinsichtlich des Erwerbs, der Verpfändung, der Veräußerung, Vererbung und Rechtsverfolgung nach rR. den gleichen Grundsätzen unterstanden, wurden sie nach deutschem Recht in allen diesen Beziehungen verschiedenartig behandelt. Man kann daher für das deutsche Recht von einem besonderen Immobiliar- und Mobiliarsachenrecht sprechen.

Das ABGB. beruht in dieser Hinsicht zum großen Teil auf deutschrechtlicher Grundlage. Es behandelt gesondert den Erwerb und Verlust des Eigentums an unbeweglichen Sachen (§§ 431—441 und 444) und bestimmt, daß nach diesen Vorschriften sich auch bei den übrigen auf unbewegliche Sachen sich beziehenden dinglichen Rechten zu verhalten ist (§ 445). Auch hinsichtlich der Belastung wird unterschieden zwischen den Verpfändungsformen für Mobilien und Immobilien, ebenso auch bei der Erlöschnng des Pfandrechts (§§ 451, 453, 455, 467—469).

Diese verschiedenartige rechtliche Behandlung der Immobilien und der Mobilien führt im wesentlichen darauf zurück, daß dem Liegen-

1. Das Eigentum unterscheidet sich hiernach:

*a.* vom Besitze dadurch, daß dieser die tatsächliche, das Eigentum die rechtliche Herrschaft betrifft: man kann daher

---

schaftsrechte des ABGB. die Grundbuchverfassung zugrunde liegt. Jedes Grundstück ist (oder wird) in ein bei dem Bezirks- oder Landesgerichte seines Bezirks geführtes Buch, das Grundbuch, verzeichnet, in welchem es eine besondere Grundbuchseinlage erhält.

Das Grundbuch beruht seiner inneren Einrichtung nach auf dem Hauptbuchsysteme. Danach bestehen die öffentlichen Bücher aus dem Haupt- und dem Urkundenbuche. Das Hauptbuch enthält alle Eintragungen, durch welche der Umfang der Immobilien ausgewiesen, und die Erwerbung, Beschränkung, Aufhebung bücherlicher Rechte bewirkt werden; die Urkundensammlung enthält alle Urkunden in beglaubigter Abschrift, auf Grund deren eine Eintragung ins Hauptbuch erfolgte.

Das Hauptbuch wird gebildet aus den Grundbuchseinlagen. Jede Grundbuchseinlage enthält alle Eintragungen, die sich auf ein bestimmtes bücherliches Objekt beziehen. Sie zerfällt in drei Blätter: a. Das Gutsbestandblatt: dasselbe enthält die physischen Bestandteile des betreffenden Grundbuchsobjekts unter Anführung der Nummern der Katasterparzellen, welche zu demselben gehören und der Kulturgattung derselben, sowie die Änderungen des Gutsbestandes durch Ab- und Zuschreibungen u. dgl., endlich die mit einem Grundbuchsobjekte verbundenen Rechte (zB. Servituten). Die Lage sowie der Umfang der einzelnen Katasterparzellen ist aus der Grundbuchsmappe, welche einen integrierenden Bestandteil des Grundbuchs bildet, zu entnehmen. b. Das Eigentumsblatt, in welches alle auf das Eigentumsrecht am Grundbuchskörper bezüglichen Eintragungen, auch solche, die sich auf Beschränkungen des Eigentumsrechts beziehen (zB. Minderjährigkeit, Substitution) zu erfolgen haben. c. Das Lastenblatt, welches alle auf dem Grundbuchkörper haftenden dinglichen Rechte, dann Wiederkaufs-, Verkaufs- und Bestandrechte, sowie deren Änderungen und Aufhebungen zu enthalten hat.

Für die in das Grundbuch eingetragenen Grundstücke gelten nun besonders zwei leitende Grundsätze; das sog. Eintragungsprinzip (ABGB. §§ 431 ff., 444, 445, 451, 454, 469, 481, 526, 1446): ein Recht an einem Grundstücke wird regelmäßig nur durch Eintragung im Grundbuch erworben und aufgehoben; und ferner das sog. Prinzip des öffentlichen Glaubens (publica fides) des Grundbuchs: der Inhalt des Grundbuchs wird als richtig vermutet (ABGB. §§ 432, 443 u. a.); wer daher in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs ein Recht an einem Grundstück oder einem eingetragenen Recht erwirbt, ist geschützt (ABGB. § 1500).

Die Führung des Grundbuchs ist ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die auf das Verfahren bezüglichen Vorschriften sind im

Eigentum ohne Besitz (so der Bestohlene) und Besitz ohne Eigentum (so der Dieb) haben[1a]);

β. von den iura in re aliena (S. 34) dadurch, daß diese das Herrschaftsrecht über eine Sache begrifflich nur in einer bestimmten Richtung (Gebrauch, Nutzung, Verwertung) verleihen, während das Eigentum begrifflich und seinem Inhalte nach unbeschränkt ist.

2. Diese begriffliche Unbeschränktheit bedeutet aber nicht Unbeschränkbarkeit. Es bestehen vielmehr zahlreiche Eigentumsbeschränkungen teils auf Grund von Rechtsgeschäften des Eigentümers (so die meisten Rechte an fremder Sache), teils unmittelbar auf Gesetz (gesetzliche Eigentumsbeschränkungen, unten § 119). Die begriffliche Unbeschränktheit des Eigentums bedeutet vielmehr nur;

α. daß der Eigentümer die ausschließliche rechtliche Herrschaft hat; es gibt daher ebensowenig wie gleichzeitigen Besitz (S. 649) gleichzeitiges Eigentum mehrerer an derselben Sache in vollem Umfange (dominium plurium in solidum esse non potest, vgl. D. 13, 6, 5, 15); über das Miteigentum vgl. unten § 130;

β. daß der Eigentümer grundsätzlich die volle Herrschaft über die Sache hat. Daher spricht eine Vermutung für die Freiheit des Eigentums, d. h. wer dessen Beschränkung (zB. Vorhandensein einer Servitut, eines Pfand-

---

Grundbuchs-Gesetz vom 25. Juli 1871 und in der Instruktion vom 12. Januar 1872 zusammengefaßt.

[1a]) Immerhin stehen Besitz und Eigentum in engen Beziehungen zueinander. Einmal ist der Normalzustand der, daß der Eigentümer seine Sachen auch besitzt. Ferner gilt der gutgläubige Besitz (bonae fidei possessio) als eine Vorstufe des Eigentums, was besonders für den Fruchterwerb (unten § 124), die Ersitzung (unten § 122 c 3) und den Rechtsschutz (unten §§ 127 d u. e, 129) von Bedeutung ist. Nach ABGB. § 367 kann der gutgläubige Erwerber einer beweglichen Sache sofort Eigentümer werden, auch wenn der Veräußerer es nicht war, und zwar wenn er beweist, daß er die Sache in einer öffentlichen Versteigerung oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmann, oder gegen Entgelt von jemandem an sich gebracht hat, dem sie der Eigentümer selbst zum Gebrauche, zur Verwaltung, oder in was immer für einer Absicht anvertraut hatte.

rechts) behauptet, muß dies beweisen, und ferner gilt der Grundsatz der „Elastizität des Eigentums", d. h. sobald eine vorhandene Eigentumsbeschränkung fortfällt, tritt von selbst die volle Herrschaft des Eigentümers wieder ein (sog. Konsolidation des Eigentums).[2])

b. Arten des Eigentums.

1. Quiritarisches und bonitarisches Eigentum.

*a.* In Rom gab es ursprünglich nur eine Art von Eigentum, das dominium ex iure Quiritium. Dieses Eigentum stützte sich allein auf das ius civile; es war da-

---

[2]) Vgl. I. 2, 4, 4: Cum autem finitus fuerit ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem, ebenso D. 13, 7, 18, 1. Vgl. ferner D. 50, 16, 25, pr.

Diese Ausdehnungsmöglichkeit ist das Unterscheidungsmerkmal des Eigentums gegenüber — den immer von vornherein begrenzten — dinglichen Rechten an fremden Sachen. Daher bleibt der Eigentümer auch dann Eigentümer, wenn er das wesentlichste der aus dem Eigentume folgenden Rechte (S. 685), das Recht auf Gebrauch oder Nutzung, einem Anderen einräumt, sei es auf eine bestimmte Zeit (Nießbrauch) oder auch ohne solche Beschränkung, so bei der Superfizies und Emphyteusis im rR., beim Lehen, Familienfideikommiß und bei der Erbpacht im deutschen Recht. In den Quellen wird das des Nutzungsrechts entbehrende, d. h. mit einem Nießbrauche belastete Eigentum als nuda proprietas bezeichnet. Seit den Glossatoren faßte man diejenigen Nutzungsrechte, welche auf die Dauer berechnet waren und die man wegen ihres eigentumsähnlichen Inhalts mit einer utilis rei vindicatio (unten § 131) schützte (außer der Superfizies und Emphyteuse auch die Rechte des Lehns- und Fideikommißbesitzers, sowie des Erbpächters) als nutzbares Eigentum oder Untereigentum (dominium utile) auf, dem man das Recht des Eigentümers als Obereigentum (dominium directum) gegenüberstellte. Diese Einteilung ist auch in das ABGB. übergegangen. Das Gesetz (§ 357) spricht vom vollständigen und unvollständigen Eigentum. Ersteres liegt dann vor, wenn das Recht auf die Substanz einer Sache mit dem Recht auf die Nutzungen in einer und derselben Person vereinigt ist; wenn dagegen einem nur ein Recht auf die Substanz, dem anderem dagegen nebst einem Recht auf die Substanz das ausschließende Recht auf die Nutzungen derselben zusteht, dann ist das Eigentumsrecht geteilt und für beide unvollständig. Ersterer wird Obereigentümer, letzterer Nutzungseigentümer genannt. Nur der Obereigentümer ist in Wahrheit Eigentümer.

her nur den Personen zugänglich, die des commercium teilhaftig waren (S. 175), bezog sich ferner nur auf Sachen, die dem ius civile unterstanden, und konnte endlich nur durch die im ius civile anerkannten Erwerbsarten erworben werden. Ein Rechtserwerb an einer Sache, der in einer dieser drei Beziehungen (Subjekt, Gegenstand, Erwerbsart) einen Fehler aufwies[3]), konnte nicht civiles Eigentum begründen; aber die so entstandene Innehabung wurde, weil sie dem Grunde nach rechtmäßig war, im Wege der Rechtsprechung wie Eigentum geschützt.

In Frage kommen die folgenden Rechtsverhältnisse:

a. Das Eigentum an res mancipi (S. 203) konnte nicht anders als durch die civilen Übertragungsarten, mancipatio und in iure cessio (S. 151 f.) übertragen werden, während für res nec mancipi auch der dem ius gentium entstammende Übergabeakt, die traditio, für genügend erachtet wurde. Wurde nun eine res mancipi zwecks Veräußerung nur tradiert, so behielt der Veräußerer nach ius civile auch ferner das dominium ex iure Quiritium und der Erwerber konnte das Eigentum nur durch die Ersitzung erlangen. Bis dahin konnte der Veräußerer daher die Sache an sich (ipso iure) dem Erwerber, der sie nur tatsächlich in seinem Vermögen („in bonis") hatte, mit der rei vindicatio (unten § 127) entreißen. Da er hierbei aber gegen „Treu und Glauben" handelte, gewährte der Prätor dem Erwerber Schutz durch eine — sich als ein Anwendungsfall der exceptio doli generalis (S. 365[6]) darstellende und nach dem Hauptfall (Verkauf) benannte — exceptio rei venditae et traditae (D. 21, 3; S. 310[1]). Da der Erwerber ferner im Ersitzungsbesitze war, half ihm der Prätor auch für den Fall des Besitzverlustes durch die actio Publiciana (unten § 129). So wurde der Erwerber, obgleich er nach ius civile nicht Eigentümer war, gleich einem Eigentümer geschützt und zwar auch dem civilen Eigentümer gegenüber, dessen

[3]) Regelmäßige Voraussetzung des von einem Anderen hergeleiteten Eigentumserwerbs ist ferner Eigentum des auctor. Hierüber vgl. unten § 121 d.

Recht damit fast völlig[4]) wirkungslos (ein nudum ius Quiritium) wurde. Die Rechtsstellung eines solchen Erwerbers pflegt man nach Theophilus — im Gegensatze zum quiritarischen Eigentum — als bonitarisches Eigentum zu bezeichnen (sog. duplex dominium).[5])

b. Ähnlich war die Rechtsstellung derjenigen, denen der Prätor kraft seines imperium Eigentum zuwies, wie des bonorum possessor (unten § 157 a 2), des bonorum emptor (Ersteigerers der Konkursmasse) und im Falle der missio damni infecti nomine ex secundo decreto (S. 690). Auch in diesen Fällen erlangt der Eingewiesene nicht quiritarisches Eigentum, sondern ist nur „in bonis", wird aber durch besonderen Rechtsbehelf wie ein Eigentümer geschützt.

c. Bloß „bonitarisch" war auch das Eigentum von Peregrinen sowie das Eigentum am solum provin-

---

[4]) Vgl. hinsichtlich der exceptio doli beziehungsweise der exceptio rei venditae et traditae ABGB. § 366 Schlußsatz: „Doch steht die Eigentumsklage demjenigen nicht zu, welcher eine Sache zur Zeit, da er noch nicht Eigentümer war, in seinem eigenen Namen veräußert, in der Folge aber das Eigentum derselben erlangt hat." In jenen Fällen, in welchen durch die Tradition nur Besitz, nicht auch Eigentum erworben wird, zB. bei der Tradition einer unbeweglichen Sache, ohne Eintragung des Erwerbungsgeschäfts in die öffentlichen Bücher (S. 678[1]), gewährt das Gesetz dem gutgläubigen Besitzer die Klage aus dem vermuteten Eigentume (ABGB. §§ 372 ff.).

[5]) Der quiritarische Eigentümer hatte zwar immer noch die rei vindicatio, aber er konnte sich derselben gegen den bonitarischen Eigentümer nicht bedienen; denn er unterlag der exceptio rei venditae et traditae, und wenn er von einem dritten Besitzer die Sache herauserlangt hatte, nahm sie ihm der bonitarische Eigentümer mit der actio Publiciana wieder fort, indem er die exceptio dominii des Civileigentümers mit der replicatio rei venditae et traditae beseitigte.

Eine praktische Bedeutung hatte das quiritarische Eigentum nur beim Zensus (S. 57), insofern dabei das bonitarische Eigentum nicht berücksichtigt wurde; ferner insofern, als nur der quiritarische Eigentümer per vindicationem legieren konnte (G. 2, 196) und bei der Freilassung durch den bonitarischen Eigentümer der Freigelassene nur Latinus Iunianus (S. 178[10]) wurde, während im Falle der Freilassung durch den quiritarischen und den bonitarischen Eigentümer, dieser das Erbrecht, jener die tutela legitima erhielt; vgl. S. 171[5].

ciale, soweit es nicht des ius Italicum (S. 78[3]) teilhaftig war (G. 2, 7).

β. Im justinianischen Rechte hatte mit der Beseitigung der civilen Eigentumserwerbsarten (S. 701), der Gleichstellung aller römischen Untertanen (S. 175) und aller Länder (S. 88) die Unterscheidung zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigentum jede Bedeutung verloren. Justinian hob sie noch ausdrücklich auf[6]). Es gab jetzt wieder nur ein einheitliches Eigentum, das nach den Regeln des früheren bonitarischen Erwerbs erworben wurde.

2. Schwebendes, widerrufliches, ruhendes Eigentum.

Bisweilen haften dem Eigentume rechtliche Mängel an, welche es von dem regelmäßigen, vollwirksamen und auf die Dauer angelegten Eigentum unterscheiden. Hierher gehören die folgenden Erscheinungen.

α. Beim schwebenden Eigentum (in pendenti est dominium, D. 7, 1, 12, 5) ist gegenwärtig ungewiß und wird erst durch einen künftigen Umstand festgestellt, wer in der Zwischenzeit Eigentümer gewesen ist[7]). Diese Fest-

[6]) C. 7, 25. De nudo ex iure Quiritium tollendo: Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure Quiritum vel tantummodo in bonis reperitur.

[7]) Fälle schwebenden Eigentums sind aus den Quellen zB.:

a. Ein im Nießbrauche des A stehender Sklave des B kauft eine Sache auf Kredit; dann entscheidet sich die Frage, ob die Sache in das Eigentum des A oder des B tritt, danach, aus wessen Vermögen der Sklave die Sache später bezahlt (D. 7, 1, 25, 1; 41, 1, 43, 2). In der Zwischenzeit ist keiner von beiden Eigentümer; es ist also zB. keiner zur actio redhibitoria (S. 525) im Falle der Geltendmachung eines Fehlers (D. 21, 1, 43, 10) oder zur condictio furtiva (S. 628) im Falle des Diebstahls legitimiert.

b. Der Nießbraucher einer Herde hat die abgehenden Tiere aus den jungen zu ersetzen (sog. summissio foetuum, I. 2, 1, 38). Hinsichtlich der noch im Mutterleibe befindlichen Tierjungen gilt nun nach D. 7, 1, 70, 1: „pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii.

c. Beim Eigentumsvermächtnis (s. u. im Erbrecht) ist zwischen dem Erbschaftsantritt und der Erklärung des Legatars über die An-

stellung wirkt nur „deklaratorisch"; die Früchte und sonstigen Akzessionen (zB. der Schatz, der partus ancillae) gebühren also dem als der wahre Eigentümer Festgestellten und die von dem sonst in Frage Gekommenen bewirkten Veräußerungen und Belastungen gelten — als von einem Unberechtigten vorgenommen — als wirkungslos (D. 30, 86, 2; 34, 5, 15). Es findet also „Retrotraktion" statt.

β. Von widerruflichem (revokabelem, interimistischem) Eigentum spricht man, wenn infolge eines Ereignisses das bisher dem A zustehende Eigentum von selbst (ipso iure) dem B zufällt[8]).

γ. Ruhendes Eigentum (dominium quiescens s. dormiens) ist ein zeitweilig wirkungsloses, beim Fortfall des Hemmungsgrundes aber ohne weiteres voll in Kraft tretendes Eigentum. Dies Verhältnis kommt vor allem beim Bauen mit fremdem Material vor[9]).

c. Subjekte des Eigentums.

Eigentumsfähig ist grundsätzlich jede rechtsfähige (natürliche oder juristische) Person. Des römischen Eigentums (dominium ex iure Quiritium) fähig war nach früherem rR. nur, wer das commercium hatte (S. 146). Mit der

---

nahme des Legats das Eigentum der vermachten Sache in suspenso „nam si legatarius reppulerit a se legatum, numquam eius fuisse videbitur: si non reppulerit, ex die aditae hereditatis eius intellegetur" (D. 30, 86, 2).

[8]) Fälle widerruflichen Eigentums sind zB. aus dem rR.:

a. die bedingte Eigentumsübertragung und das bedingte Eigentumsvermächtnis. Hierbei wird mit dem Eintritte der aufschiebenden Bedingung der Erwerber und der Legatar, mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung der Veräußerer und der Erbe Eigentümer. Auch in diesem Falle tritt eine Zurückziehung insofern ein, als nach dem Grundsatze „resoluto iure dantis resolvitur ius concessum" (S. 229) die Verfügungen der Zwischenzeit mit dem Fortfalle des Rechts des Verfügenden wirkungslos werden; dagegen verbleiben die Früchte und Akzessionen dem Eigentümer der Zwischenzeit;

b. das Eigentum des Ehemanns an der Dotalsache, insofern die Ehefrau sie durch Trennung der Ehe mit einer dinglichen Klage zurückverlangen kann (C. 5, 12, 30, unten § 146 b 2 δ).

[9]) Vgl. unten § 123 a 1 α und D. 41, 1, 7, 10.

Gleichstellung aller Untertanen (S. 175) verschwand diese Unterscheidung. Es erhielten sich nunmehr nur noch einzelne Beschränkungen der Eigentumsfähigkeit[10]).

d. Gegenstände des Eigentums.

Von Eigentum spricht man nur bei dem Herrschaftsrecht über eine körperliche Sache[11]), über einen reellen (zB. Stockwerkseigentum, unten § 131 b 3) oder intellektuellen Teil einer solchen (Miteigentum, unten § 130) sowie über einen Sachinbegriff (zB. Eigentum an einer Herde, S. 205).

Kein besonderes Eigentum besteht an den Bestandteilen einer Sache (S. 204), so zB. an den hängenden und stehenden Früchten (S. 214 und unten § 124).

e. Inhalt des Eigentums.

1. Im Eigentum als dem Recht auf völlige Beherrschung der Sache liegt die Befugnis (vgl. ABGB. §§ 354 und 362):

α. positiv: auf die Sache beliebig einzuwirken, sei es tatsächlich durch Besitz, Gebrauch und Fruchtziehung (sog. Nutzungsrechte) oder durch rechtliche Verfügung (sog. Proprietätsrecht);

β. negativ: jeden Anderen von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschließen.

2. Das Eigentum an einem Grundstück insbesondere gibt auch die Befugnis zur Verfügung über den Luftraum

---

[10]) Nach der lex Iulia repetundarum dürfen Senatoren keine Seeschiffahrt betreiben (D. 50, 5, 3). Nichtchristen dürfen keine christlichen Sklaven haben (C. 1, 10, 1).

Nach österr. Recht sind unfähig Eigentum zu erwerben: a. Deserteure der Linie und der Reserve vom Tage der Entweichung respektive Einberufung bis zur Stellung, beziehungsweise Einlieferung und b. Ordensgeistliche, welche das feierliche Gelübde der Armut abgelegt haben. Beide verlieren jedoch das Eigentum, welches sie bereits haben, nicht. Von Besitz und Eigentum unbeweglicher Güter ausgeschlossen sind Montenegriner. Die sogenannten Amortisationsgesetze, vermöge welcher die Kirche, Pfründen, geistliche Gesellschaften u. dgl. ohne landesfürstliche Genehmigung vom Erwerbe unbeweglicher und beweglicher Güter ausgeschlossen waren, sind aufgehoben.

[11]) Ungenau ist also zB. die Bezeichnung „geistiges Eigentum" für Urheberrecht.

über (D. 8, 2, 1, pr.; 43, 24, 22, 4) und das Erdinnere unter der Oberfläche (D. 39, 2, 24, 12; 30, 3, 1, 12).[12])

3. Der Eigentümer wird in der vollen und rücksichtslosen Geltendmachung der aus dem Eigentumsbegriffe sich ergebenden Befugnisse teils durch iura in re alinea, die an seiner Sache für andere bestehen (unten §§ 131 ff.), teils unmittelbar durch gewisse im Interesse der Allgemeinheit aufgestellte Schranken (sog. gesetzliche Eigentumsbeschränkungen, unten § 119) gehindert[13]).

## § 119. Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen.

Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen sind gesetzliche Vorschriften, welche bestimmen, daß der Eigentümer gewisse Handlungen nicht vornehmen dürfe (non facere), die er an sich vornehmen könnte, und gewisse Einwirkungen eines Anderen dulden müsse (pati), die er an sich verbieten dürfte. Sie kommen vorwiegend mit Beziehung auf das Grundeigentum und zwar teils im öffentlichen Interesse zugunsten

---

[12]) Jedoch ist dies auf ein vernünftiges Maß einzuschränken (vgl. ABGB. §§ 297 und 422).

Nach rR. war der Grundstückseigentümer ohne weiteres auch Eigentümer der unter seinem Grundstücke befindlichen Mineralien. Er mußte aber anderen gegen eine Abgabe (von $^1/_{10}$ des Ertrages an den Grundeigentümer und $^1/_{10}$ an den Fiskus) den Abbau gestatten (D. 8, 4, 13, 1, C. 11, 7, 3). Nach österr. Rechte (Ges. vom 23. Mai 1854, RGB. Nr. 146) unterscheidet man: a. Mineralien, welche Gegenstand eines Staatsmonopols bilden, d. i. das Kochsalz. b. Bergfreie Mineralien, deren Gewinnung auf Grund bergrechtlicher Verleihung jedermann zugänglich ist. Zu diesen gehören: 1. alle Mineralien, welche wegen ihres Gehaltes an Metallen, Schwefel, Alaun, Vitriol oder Kochsalz benutzbar sind; 2. Zementwässer, Graphit, Mineralkohlen und Erdharze. c. Nicht vorbehaltene Mineralien, deren Gewinnung dem Grundeigentümer zusteht. Solche sind: Kalk, Marmor, Mauer- und andere Steine, Gips, Lehm, Mergel, Schlier, Farberde, Schotter, Ziegelton und Torferde.

[13]) Eine Eigentumsbeschränkung stellen auch die Veräußerungsverbote dar, soweit sie eine rechtsgültige Eigentumsübertragung verhindern (S. 276).

aller, teils im privaten Interesse einzelner, insbesondere der Nachbarn vor. Viele derselben finden sich schon in den 12 Tafeln.

a. Eigentumsbeschränkungen im allgemeinen Interesse.

1. Verbot der Schikane.

Grundsätzlich braucht — nach dem Grundsatze qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam, S. 335 — niemand bei der Benutzung seines Eigentums auf das Interesse eines Anderen Rücksicht zu nehmen (D. 39, 2, 26); untersagt sind aber Handlungen, die gar keinen anderen Zweck haben können, als die Schädigung eines Anderen (Malitiis non est indulgendum, D. 6, 1, 38).[1])

2. Pflicht der Straßenanlieger.

Die Eigentümer der an öffentlichen Straßen belegenen Grundstücke müssen diese Straßen gangbar erhalten, widrigenfalls ihre Grundstücke als Weg benutzt werden dürfen. Bei Untergang eines öffentlichen Weges müssen die Anlieger ferner den für einen Ersatzweg erforderlichen Grund und Boden abtreten (D. 8, 6, 14, 1).[2])

---

[1]) Vgl. D. 39, 3, 1, 12: Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit, D. 39, 3, 2, 9; dieser Grundsatz wurde in das ABGB. nicht aufgenommen; vgl. ABGB. §§ 1305 und 364.

[2]) Es handelt sich hier um einen der wenigen Fälle (vgl. noch l. 6, 9, 14—17, C. 8, 11), in welchen im rR. eine Enteignung (Expropriation) stattfand, d. h. die Fortnahme von Eigentum zu öffentlichen Zwecken. Ihre Ausbildung hat die Enteignung erst im modernen Recht erhalten (vgl. ABGB. § 365). Das österr. Recht enthält spezielle Vorschriften hinsichtlich der Einräumung von Notwegen (Ges. vom 7. Juni 1896), dann über die Expropriation beim Straßenbau, beim Wasserbau, beim Eisenbahnbau (Ges. vom 18. Februar 1878), bei Einziehung von Privatmauten, bei der Salzgewinnung, bei Aufstellung eines Sanitätskordons, zur Verhütung ansteckender Tierkrankheiten, bei der Katastralvermessung, bei Erweiterung von Gassen (Bauordnungen), beim Bergbau, beim Bau von Schulen, bei Anordnung von Maßregeln gegen die Verbreitung der Reblaus, behufs Deckung des Bedarfes an

Die Anlieger eines Flusses müssen den Gemeingebrauch der Ufer gestatten (navem appellere, funes religare, onus reponere, D. 1, 8, 5, I. 2, 1, 4, heute auch das Betreten zwecks Fortziehen der Schiffe, sog. Leinpfad).

3. Polizeiliche Vorschriften.

α. In der Stadt Rom darf nach einer Vorschrift der 12 Tafeln niemand näher als $2\frac{1}{2}$ Fuß (sestertiuspes) an die Grenze heranbauen, so daß zwischen Gebäuden (daher ihre Bezeichnung als „insulae", S. 542[7]) ein Zwischenraum (ambitus) von mindestens 5 Fuß bleiben muß. Die städtischen Gebäude sollen ferner eine gewisse — durch örtliche Bauordnungen bestimmte — Höhe nicht überschreiten (C. 8, 10, 4: Baupolizeiordnung des Kaisers Zeno für Konstantinopel) und nicht willkürlich verändert oder zerstört werden (D. 18, 1, 52, D. 39, 2, 46, pr., C. 8, 10, 8). Auch soll kein Neubau der Tenne des Nachbarn den Luftzug nehmen (C. 3, 34, 14, 1).

β. Schon nach den 12 Tafeln darf in Rom kein Toter begraben oder verbrannt werden (hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito, S. 95).

b. Eigentumsbeschränkungen im Interesse einzelner[8]).

1. Verbot von Immissionen.

Jeder Grundstückseigentümer kann (mit der actio negatoria) die Zuführung („Immission") fester oder flüssiger

Pferden im Mobilisierungsfalle, behufs Erwerbung des Eigentums bezw. Benutzungsrechtes für die Militärverwaltung, bei der Zusammenlegung von Grundstücken, bei Vereinigung des Waldlandes von fremden Enklaven, bei Triftbauten, bei Errichtung öffentlicher Lagerhäuser, bei Patentrechten (Pat.Ges. § 15). In allen diesen Fällen steht die Entscheidung über die Notwendigkeit der Enteignung ausschließend den politischen Behörden zu. Die Ermittlung der Entschädigung steht in einigen Fällen den Gerichten, in anderen den politischen Behörden zu. Letzterenfalls steht der Partei, welche sich mit der ermittelten Entschädigung nicht zufrieden gibt, der Rechtsweg offen.

[8]) Die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, insbesondere die im nachbarlichen Interesse eingeführten, werden zuweilen Legalservituten

Stoffe von einem anderen Grundstück abwehren, aber auch sonstige unkörperliche Einwirkungen (durch Lärm, Wärme, Geruch usw., sog. Imponderabilien) untersagen, sofern sie sich als übermäßige Belästigungen darstellen[4]).

2. Abwehr künftiger Gefährdung (cautio damni infecti).[5])

Das rR. hat keinen Rechtsbehelf, durch welchen jemand, von dessen Grundstücke her einem anderen Grundstück eine Gefahr erst droht (damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur, D. 39, 2, 2), unmittelbar zur Beseitigung der Gefahr gezwungen werden kann (ähnlich ABGB. § 343). Es hilft dem Bedrohten vielmehr nur mittelbar dadurch, daß es ihm — mangels eines unmittelbaren Anspruchs auf Ersatz, also subsidiär, D. 39, 2, 32 — einen Anspruch auf Sicherheitsbestellung für den zu erwartenden Schaden (cautio damni infecti nomine) auf eine vom Richter festzusetzende Zeit (D. 39,

---

genannt. Diese Bezeichnung ist irreführend; denn Servituten sind auf Rechtsgeschäft beruhende Belastungen einer fremden Sache; sie werden daher mit der actio confessoria geltend gemacht, während es sich hier um auf Gesetz beruhende Einschränkungen des Eigentums selbst handelt, deren Überschreitung der Verletzte mit der actio negatoria zurückweist.

[4]) Es handelt sich hier, wie in allen Fällen des Nachbarrechtes, um vernünftiges Abwägen der Interessen von Personen, die nebeneinander zu wohnen genötigt sind (so auch ABGB. § 364). Natürlich wird das Verbietungsrecht beseitigt, wenn die Immission durch eine bestehende Grunddienstbarkeit gerechtfertigt ist. Vgl. die berühmte l. 8 § 5 D. 8, 5: Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna casiaria (Käsefabrik) fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immissionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant.

[5]) D. 39, 2: De damno infecto et de suggrundis (Wetterdächer) et proiectionibus (Vorbauten).

2, 13, 15) gewährt. Zur Forderung der Sicherheitsleistung berechtigt ist jeder Interessent (Eigentümer, dinglich Berechtigter, Mieter, D. 39, 2, 18, pr.) des bedrohten Grundstücks; zur Leistung verpflichtet ist der Eigentümer und der gutgläubige Besitzer des bedrohenden Grundstücks (D. 39, 2, 10 und 13, pr.), und zwar wegen bedrohlichen Zustands sowohl von Anlagen, die auf dem Grundstücke schon vorhanden sind (vitium aedium, D. 39, 2, 19, 1, baufällige Gebäude, Dämme, Bäume, vgl. ABGB. § 343) als auch von solchen, deren Anlegung erst beabsichtigt wird (vitium operis, zB. Ausschachtungen, D. 39, 2, 24, 12, vgl. ABGB. §§ 340—342).[6])

Die Kaution wird nicht unmittelbar erzwungen. Wird sie aber nicht geleistet, nachdem der Bedrohte die Gefahr durch iuramentum calumniae glaubhaft gemacht hat (D. 39, 2, 13, 3), so verliert der Verpflichtete das Grundstück (daher: cavere aut carere, D. 39, 2, 9, pr.; also eine Art von noxae datio, D. 39, 2, 7, 1). Der Bedrohte erhält im Falle der Kautionsweigerung nämlich zunächst die Detention des bedrohten Grundstücks mit dem Rechte der Reparatur und einem Pfandrechte für die ihm erwachsenen Kosten (sog. missio ex primo decreto, D. 39, 2, 7, pr.), und falls der Kautionspflichtige die Kaution auch dann noch nicht leistet, das **Eigentum** (sog. missio ex secundo decreto, D. 39, 2, 15, 16; S. 388). Widersetzt sich der Verpflichtete der Besitzeinweisung, so hilft dem Berechtigten entweder ein Interdikt (ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, D. 43, 4, 4, pr. und 1) oder der Berechtigte fordert mit einer actio in factum Ersatz (D. 39, 2, 15, 36).

---

[6]) Abgesehen von den oben behandelten, dem Nachbarrecht angehörenden Fällen kann der Grundstückseigentümer Sicherstellung von jedem verlangen, der auf Grund einer ihm zustehenden Befugnis das Grundstück betreten will zB. zwecks Vornahme einer Reparatur, Einsammlung heruntergefallener Früchte (unten S. 696), Abholung der durch einen Zufall auf das Grundstück gekommenen Sachen, zB. eines Schatzes (actio und interdictum de thesauro, D. 10, 4, 15). Vgl. ABGB. § 520 über die Fälle, in welchen der Gebrauchsberechtigte oder Fruchtnießer dem Eigentümer zur Sicherstellung verbunden ist.

Die Kaution, welche vom Eigentümer und gutgläubigen Besitzer durch einfaches Versprechen in Stipulationsform (nuda repromissio) vom Dritten für ihn Eintretenden durch Bürgen (satisdatio, S. 386) zu bestellen ist (D. 39, 2, 9, 4 und 5), haftet nicht für jeden, zB. durch höhere Gewalt (Sturmwind), hervorgerufenen, sondern nur für denjenigen Schaden, den der Verpflichtete, nachdem er durch den Antrag auf Kautionsstellung auf die Gefahr hingewiesen war, hätte verhüten können und sollen (D. 39, 2, 24, 8). Dagegen haftet er nicht bloß, wie der actio legis Aquiliae gegenüber (S. 629), für den Schaden aus solchen Gefahren, die er durch eigenes schuldhaftes Handeln hervorgerufen hat, sondern zB. auch, wenn die Baufälligkeit eines Gebäudes durch schlechten Baugrund hervorgerufen ist. Über den Ersatz eines Schadens, der vor der Entscheidung über den Kautionsantrag eintritt vgl. D. 39, 2, 15, 28, über die Zulässigkeit einer cautio de damno praeterito D. 39, 2, 7, 2 ff.

### 3. Verbot willkürlicher Veränderungen.

Der Satz, daß jeder auf seinem Grund und Boden tun kann, was ihm beliebt, wurde durch das prätorische Recht zugunsten der an der Aufrechterhaltung des bisherigen Zustands Interessierten erheblich eingeschränkt. Es wurde die eigenmächtige Veränderung des eigenen Grundstücks gewissermaßen als Eingriff in den Besitzstand der Nachbarn und sonstigen Interessenten behandelt und daraus der Schluß gezogen (S. 692, 694), daß die eigenmächtige Veränderung selbst dann zu beseitigen sei, wenn der Handelnde dazu berechtigt war.

#### α. Neubau (operis novi nuntiatio).[7])

Gegen einen begonnenen, aber noch nicht vollendeten (D. 39, 1, 1, 1) Neubau kann derjenige, der dagegen ein Verbotsrecht (ius prohibendi) zu haben behauptet, an Ort

[7]) D. 39, 1: De operis novi nuntiatione (D. 43, 25: De remissionibus), C. 8, 10, 14 (früher als selbständiger Titel C. 8, 11 bezeichnet). Vgl. ABGB. §§ 340–342.

und Stelle (in praesenti) dem Bauherrn oder einem seiner Leute gegenüber förmlich Einspruch einlegen, sog. operis novi nuntiatio. Der Einspruch kann erfolgen (D. 39, 1, 1, 16) iuris nostri conservandi causa, zB. wenn durch den Neubau eine für das Grundstück des Einsprechenden bestehende servitus altius non tollendi verletzt wird, oder damni depellendi causa zur Erwirkung einer cautio damni infecti (S. 689) oder iuris publici tuendi causa, wenn der Bau gegen die öffentliche Bauordnung verstößt oder den Gemeingebrauch an einer öffentlichen Sache zu beschränken geeignet ist.

Durch eine formell gültige operis novi nuntiatio wird der Bau mit einem Banne belegt: baut der Nuntiat unbekümmert weiter, so kann der Nuntiant mit dem (heute so genannten) interdictum demolitorium (D. 39, 1, 20, pr.: Praetor ait: „Quem in eum locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas") ohne weiteres von dem Nuntiaten oder dessen Rechtsnachfolger (D. 39, 2, 23) die Beseitigung des Neubaues verlangen und der Nuntiat wird (ähnlich wie der Besitzstörer im Besitzprozeß, S. 665) mit dem (petitorischen) Einwande nicht gehört, daß er zur Vornahme des Baues befugt, der Einspruch also materiell unbegründet war (D. 39, 1, 20, 1). Will der Nuntiat diese Gefahr nicht laufen, so muß er den Bau einstellen, bis über die Berechtigung der operis novi nuntiatio entschieden ist. Als Kläger muß der Nuntiant auftreten, der Nuntiat wurde gewissermaßen als Besitzer behandelt (operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus, D. 39, 1, 5, 10). Das durch die Nuntiation geschaffene Bauverbot verlor nach klassischem Rechte seine Wirkung mit Ablauf eines Jahres; der Nuntiant mußte also innerhalb dieser Zeit ein Urteil erstritten haben. Justinian hob in l. 14 C. 8, 10 die Jahresfrist auf und bestimmte, daß Bauprozesse innerhalb 3 Monaten erledigt sein sollen, widrigenfalls der Weiterbau gegen Kaution (cautio de demoliendo) zu gestatten sei.

Will der Nuntiat die Beendigung des Prozesses nicht abwarten, so kann er eine sofortige Entscheidung des Prätors herbeiführen, welche feststellt, unter welchen Bedingungen der Bau fortgesetzt werden kann. Hierbei kann der Prätor das Weiterbauen, wenn er den Einspruch für offenbar unberechtigt erklärt oder der Nuntiant den ihm abgeforderten Kalumnieneid verweigert (D. 39, 1, 5, 14), ohne weiteres (denegatio nuntiationis), sonst gegen Sicherheitsleistung (remissio) gestatten. Klagt in diesem Falle der Nuntiant mit dem interdictum demolitorium, so unterliegt der Nuntiat diesem nicht unbedingt — wie bei ungenehmigtem Weiterbau —, sondern nur dann, wenn der Nuntiant zur operis novi nuntiatio ein Recht hatte. Das gleiche gilt auch ohne remissio, wenn die Einstellung des Baues ohne Gefahr nicht erfolgen konnte (D. 39, 1, 5, 11 ff.).

Stirbt der Nuntiant oder veräußert er das Grundstück, das ihn zum Einspruch berechtigt, so wird die operis novi nuntiatio wirkungslos[8]).

*β.* Grundstücksveränderung (interdictum quod vi aut clam).

Später wird der der operis novi nuntiatio zugrunde liegende Gedanke dahin verallgemeinert: wer gegen das Verbot (vi) oder hinter dem Rücken (clam) eines an der Aufrechterhaltung des bisherigen Zustands Interessierten eine Veränderung irgend einer Art an einem — eigenen oder fremden — Grundstücke vornimmt, hat den früheren Zustand herzustellen, ohne Rücksicht darauf, ob er zur Vornahme der Veränderung berechtigt ist oder nicht. Zur Geltendmachung der

[8]) Ob die Grundsätze der operis novi nuntiatio in das Gem. Recht übergegangen sind, ist streitig. Das österr. Recht regelt die operis novi nuntiatio in den §§ 340—342 ABGB. Dazu bestimmte EGCPO. Art. XXXVII, daß die Berechtigung, das Verbot einer Bauführung im Sinne obiger Paragraphen zu fordern, dann nicht mehr statt hat, wenn der Bauführer nach Inhalt der für die Bauführung geltenden Vorschriften das Begehren um Erteilung der Baubewilligung gestellt hat, der angeblich gefährdete, zur Baukommission gehörig und rechtzeitig geladene Besitzer jedoch bei derselben nicht erschienen ist oder gegen die begehrte Baubewilligung keine Einwendungen erhoben hat.

hieraus sich ergebenden Ansprüche dient das interdictum (restitutorium) quod vi aut clam (sc. factum est, ut restituatur, D. 43, 24), das in verschiedener Beziehung weit über die operis novi nuntiatio hinausgeht.

a. Der Rechtsbehelf richtet sich nicht nur gegen einen Neubau, sondern gegen jede eigenmächtige Veränderung an oder auf einem Grundstück (opus in solo factum: Beseitigung von Gebäuden, Bäumen, Anpflanzungen, Abladen von Steinen, nicht aber Fruchtgewinnung (D. 43, 24, 7, 5 und 6).

b. Als vis gilt jedes wissentliche Handeln gegen Verbot (prohibitio), das auch formlos, zB. durch Hinüberwerfen eines Steinchens (lapilli iactus, D. 43, 24, 1, 6) eingelegt werden kann; als clandestinitas auch die Nichtanzeige der beabsichtigten Veränderung, wenn ein Widerspruch dagegen zu erwarten ist (D. 43, 24, 3, 7).

c. Zum Verbote berechtigt ist nicht nur der Eigentümer, Eigenbesitzer und dinglich Berechtigte, sondern jeder Interessent (quorum interest opus factum non esse, D. 43, 24, 11, 14), auch ein bloß obligatorisch Berechtigter (Mieter, Pächter). Auf das Verbot hin muß der Gegner von der Weiterführung der Veränderung Abstand nehmen und gegen den Prohibenten auf Beseitigung des Widerspruchs klagen (also umgekehrt wie bei der operis novi nuntiatio, bei der der Einsprechende klagen muß, S. 692).

d. Setzt der Handelnde trotz des Verbots den Bau fort oder hat er die Veränderung heimlich vorgenommen, so unterliegt er dem interdictum quod vi aut clam und muß die Veränderung selbst dann beseitigen, wenn er zu ihrer Vornahme an sich berechtigt war (D. 43, 24, 1, 2 und 3). Dagegen kann der Beklagte einwenden, daß er innerhalb seines Besitzstandes gehandelt habe, daß ein Notfall vorgelegen habe (si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi, D. 43, 24, 7, 4), sowie, daß er nur eigenmächtig beseitigt habe, was der Gegner eigenmächtig hergestellt habe (D. 43, 24, 7, 3, sog. exceptio quod vi aut clam).

e. Der gegen das Interdikt Handelnde hat die Veränderung auf eigene Kosten zu beseitigen und das Interesse

zu leisten; andere Besitzer des veränderten Grundstücks brauchen nur die Wiederherstellung auf Kosten des Geschädigten zu dulden, der wegen der Kosten und der Interessevergütung auf den Täter zurückgreifen kann (D. 43, 24, 16, 2). Wer das Verbot nicht kannte, unterliegt — anders als bei der in rem wirkenden operis novi nuntiatio — dem Interdikt nicht (D. 43, 24, 20, 3). Das i. q. v. a. c. verjährt regelmäßig (D. 43, 24, 15, 4) in einem Jahre seit Vollendung oder Einstellung des Baus.

4. Ablauf des Regenwassers.

Niemand darf den durch die natürliche Lage (natura loci) oder durch künstliche Anlagen — sei es, daß sie auf Ortsstatut (lex) beruhen oder seit unvordenklicher Zeit (vetustas) bestehen — bedingten Ablauf der atmosphärischen Niederschläge willkürlich (durch ein „opus manu factum") ändern (D. 39, 3, 2, pr.). Andernfalls ist er auf Verlangen des Eigentümers des dadurch geschädigten Grundstücks zur Beseitigung der Änderung und zum Ersatz des nach der Klageerhebung entstandenen Schadens verpflichtet (D. 39, 3, 6, 6).[9]) Dieser Anspruch wird mit der schon in den 12 Tafeln gegebenen (D. 40, 7, 21, pr.) actio aquae pluviae arcendae (D. 39, 3) geltend gemacht, die sowohl dem Oberlieger (Besitzer des höher gelegenen Grundstücks) gegen den Unterlieger zusteht, wenn dieser die herkömmliche Aufnahme der wild oder in Rinnsalen ablaufenden Gewässer hindert, als auch dem Unterlieger gegen den Oberlieger, wenn dieser den Abfluß zum Schaden des tiefer gelegenen Grundstücks verändert. Wer die Anlage nicht selbst errichtet hat, ist nur verpflichtet, ihre Fortschaffung auf Kosten des

[9]) Nach deutschem Rechte kann sich dagegen der Unterlieger einerseits gegen das wild abfließende Wasser decken, d. h. dessen Zufluß in sein Grundstück hindern; er muß aber anderseits dem Oberlieger die Vorflut verschaffen, d. h. ihm gestatten, das anderweit nicht unterzubringende Wasser auf seine Kosten in Rinnsalen durch die unterliegenden Grundstücke durchzuführen. Das österr. Wasserrecht beruht auf dem Reichsgesetze vom 30. Mai 1869. In Ergänzung desselben sind in den einzelnen Kronländern in den Jahren 1870—1875 Landesgesetze erflossen.

Interessenten zu dulden; insoweit ist also die actio aquae pluviae arcendae „in rem scripta", D. 39, 3, 6, 7 (S. 354). Diese Klage ist natürlich nicht gegeben, wenn dem Nachbarn des einen Grundstücks eine Servitut zusteht oder besonders gestattet ist, die fragliche Vorrichtung zu halten (D. 39, 3, 2, 10; 39, 3, 19 u. 20).

5. Überhangsrecht.

Der Eigentümer eines Gebäudes braucht die von einem auf dem Nachbargrundstücke stehenden Baume überragenden Zweige überhaupt nicht (D. 43, 27, 1, pr.), der Eigentümer eines unbebauten Grundstücks solche Zweige nicht zu dulden, die weniger als 15 Fuß vom Boden entfernt sind[10]). Beseitigt der Eigentümer des Baumes die unzulässigen Zweige auf Verlangen nicht, so kann der Grundstückseigentümer (sowie der Nießbraucher) dies selbst tun und das Holz behalten. Bei Ausführung dieser Arbeit wird er durch ein interdictum (prohibitorium) de arboribus caedendis (D. 43, 27) geschützt.

6. Überfallsrecht.

Die auf ein Nachbargrundstück überfallenden Früchte bleiben Eigentum dessen, der das Nutzungsrecht am Baume hat. Der Nachbar muß — nach Stellung einer cautio damni infecti, D. 10, 4, 9, 1 — die Abholung einen Tag um den anderen (tertio quoque die) gestatten, was im Weigerungsfalle durch ein interdictum (prohibitorium) de glande legenda (D. 43, 28) erzwungen wird[11]).

[10]) D. 43, 27, 1, 7: Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc, quo minus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto. Streitig ist, ob pedes quindecim a terra altius bedeutet: die Zweige vom Boden bis zur Höhe von 15 Fuß oder die Zweige höher als 15 Fuß vom Boden. Das schon den 12 Tafeln entstammende Verbot (D. 43, 27, 1, 8) wurde auch auf Baumwurzeln ausgedehnt (C. 8, 1, 1). Nach ABGB. § 422 kann jeder Grundeigentümer die über seinem Luftraume hängenden Äste abschneiden oder sonst benutzen, und die Wurzeln eines fremden Baumes aus seinem Boden reißen.

[11]) D. 43, 28, un., pr.. Glandem (Eichel, hier = Früchte), quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quo-

7. Überbau.

Nach D. 8, 5, 17, pr. muß man Ausbauchungen einer Grenzmauer dulden, die weniger als einen halben Fuß betragen, nicht aber sonstige Grenzüberschreitung durch einen Bau[12]).

8. Iter ad sepulcrum.

Nach D. 11, 7, 12, pr. kann der Eigentümer einer Grabstelle (locus religiosus), der keinen Weg zu ihr hat, von dem Nachbarn die Einräumung eines solchen gegen Entschädigung verlangen[13]).

9. Grenzverhältnisse.

*α.* Actio finium regundorum.

Überschreitet ein Grundstückseigentümer durch Überbau oder bei ländlichen Grundstücken durch Beackerung die feststehende Grenze, so kann der Nachbar diesen Eingriff in sein Eigentum mit der rei vindicatio beseitigen. Da diese aber auf Herausgabe eines bestimmt zu bezeichnenden Stückes gehen muß, ist sie unanwendbar, wenn die Grenze, wie dies besonders bei ländlichen (d. h. unbebauten, S. 218) Grundstücken der Fall zu sein pflegt, verdunkelt ist. Zur Lösung einer solchen Grenzverwirrung zwischen ländlichen Grundstücken (D. 10, 1, 4, 10) gibt das rR. schon seit den 12 Tafeln eine besondere Klage, die actio finium regundorum (D. 10, 1, C. 3, 39).[13a])

---

que die legere aufferre liceat, vim fieri veto. Vgl. dagegen für das österr. Recht ABGB. § 422.

[12]) Das österr. Recht kennt das Überbaurecht nur als servitus, ABGB. § 475.

[13]) Gemeinrechtlich wurde hieraus eine allgemeine Verpflichtung zur Gewährung des Notwegs gefolgert. Für Österreich vgl. Ges. vom 7. Juli 1896, betreffend die Einräumung von Notwegen.

[13a]) Zwischen Besitzern von Grundstücken, die durch einen öffentlichen Weg oder einen öffentlichen Fluß getrennt sind, ist zwar die actio finium regundorum nicht zulässig (D. 10, 1, 4, 11; 10, 1, 5); jedoch wird als Ersatzklage die actio viae receptae (oder reiectae) wegen Herüberdrängen eines öffentlichen Weges auf das Grundstück des Nachbarn gegeben (D. 43, 11, 3). Vgl. StGB. § 199 e.

a. Nach den 12 Tafeln und einer lex Mamilia soll zwischen ländlichen Grundstücken (zum Wenden des Pflugs) ein Grenzstreifen (finis) von 5 Fuß freibleiben. Bis auf Justinian wurde nun unterschieden, ob der Grenzstreit sich nur um den finis drehte (sog. controversia de fine) oder darüber hinausging (sog. controversia de loco). Zur Entscheidung der controversia de fine diente die persönliche (D. 10, 1, 1) actio finium regundorum; hierbei fungierten Feldmesser (agrimensores) als Richter (arbitri). Eine Berufung auf Ersitzung hinsichtlich des finis war ausgeschlossen. Die controversia de loco dagegen galt als Eigentumsstreit, die Entscheidung auf die anzustellende rei vindicatio erfolgte daher durch den ordentlichen Richter, der nur Feldmesser als Sachverständige zuzog, und die Berufung auf Ersitzung war zulässig.

Justinian hat (in den das frühere Recht nur verstümmelt wiedergebenden II. 5, 6 C. 3, 39) die Unterscheidung beseitigt. Jeder Grenzstreit soll ohne Rücksicht auf den Umfang von dem ordentlichen Richter unter Zuziehung der agrimensores als bloßer Sachverständiger entschieden werden, wobei zwar nicht die ordentliche, wohl aber die außerordentliche Ersitzung zu berücksichtigen ist (C. 3, 39, 6).

b. Die Grenzregulierung durch Anstellung der actio finium regundorum kann von jedem Interessenten (Eigentümer, Nießbraucher, Pfandgläubiger, D. 10, 1, 4, 9) herbeigeführt werden. Das Verfahren ist iudicium duplex (D. 10, 1, 10, S. 353); der Richter hat nämlich von Amts wegen, ohne an den Antrag des Klägers gebunden zu sein, also auch im Widerspruch mit dem Antrage, die richtige Grenze — unter Berücksichtigung der dreißigjährigen Ersitzung — herzustellen und zu markieren (D. 10, 1, 4, 3). Er kann sie sogar, wenn diese unzweckmäßig ist (zB. weil sie dem Lauf eines Baches folgend Veränderungen ausgesetzt ist), verlegen, und durch adiudicatio (S. 353[13]) den in Frage kommenden Grundstücksteil dem bisherigen Eigentümer entziehen und — natürlich gegen Entschädigung — dem Nachbarn zusprechen (I. 4, 17, 6, D. 10, 1, 2, 1); insofern kann das Urteil im Grenzstreit auch konstitutiv wirken (S. 381).

Ist die Grenze unauffindbar, so ist das streitige Stück unter die Streitenden zu teilen (D. 10, 1, 2, 1).[14])

β. Grenzanlagen.

a. Grenzmauern und sonstige Grenzscheidungen gelten als im gemeinschaftlichen Eigentume der Nachbarn pro partibus indivisis stehend (D. 8, 2, 8; 10, 3, 22), so daß keiner allein darüber verfügen kann[15]).

b. Ein auf der Grenze stehender Baum gilt, solange er steht, als reell durch die Grenzlinie geteilt. Wird er gefällt, so fällt er in das Miteigentum der Grundstücksnachbarn zu ideellen Teilen nach Verhältnis der bisherigen reellen Teile[16]).

## Erwerb und Verlust des Eigentums.

### § 120. Eigentumserwerbsarten[1]).

Eigentumserwerb (adquisitio dominii) ist der Tatbestand, der erfüllt sein muß, damit eine bestimmte Person

---

[14]) Nach ABGB. ist zu unterscheiden: die Grenzerneuerung (§ 850, vgl. schon D. 10, 1, 8, pr.), ein Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit zur Verdeutlichung einer an sich unstreitigen Grenze; und die Grenzscheidung oder Grenzberichtigung (§§ 851 ff.), ein Verfahren zur Bestimmung einer streitigen Grenze, die bisherige actio finium regundorum.

[15]) Nach ABGB. §§ 854 ff. gilt für derartige Grenzscheidungen die Vermutung für ein gemeinschaftliches Eigentum, wenn nicht Wappen, Auf- oder Inschriften oder andere Kennzeichen und Behelfe das Gegenteil beweisen.

[16]) D. 10, 3, 19, pr.: Arbor quae in confinio nata est, item lapis qui per utrumque fundum extenditur quamdiu cohaeret fundo e regione cuiusque finium utriusque sunt nec in communi dividundo iudicium veniunt: sed cum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet et veniet in communi dividundo iudicium. Vgl. ABGB. § 421: „Steht der Stamm auf den Grenzen mehrerer Eigentümer, so ist ihnen der Baum gemein".

[1]) Wie schon S. 677[1] bemerkt, sind im rR. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen und an unbeweglichen Sachen den

Eigentümer einer gewissen Sache wird[2]). Die Eigentumserwerbsarten werden von verschiedenen Gesichtspunkten aus gewissen Einteilungen unterworfen[3]). Da an derselben

---

gleichen Grundsätzen unterworfen worden und demgemäß hier einheitlich zu besprechen, während das ABGB. für beide Arten von Sachen ganz verschiedenartige Grundsätze aufstellt. Der rechtsgeschäftliche Erwerb von Grundstücken (für die sonstigen Erwerbsfälle: Erbfolge, Zuschlag in der Zwangsversteigerung, Enteignung gilt ähnliches) erfolgt nach dem ABGB. §§ 431 ff. durch Eintragung des Erwerbungsgeschäftes in die öffentlichen Bücher (Intabulation). Voraussetzungen einer solchen Eintragung sind: a. Bucheigentum auf Seite desjenigen, von welchem das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll, b. ein Titel der Eigentumsübertragung, c. urkundliche Nachweisung des Titels in der durch das Grundbuchgesetz geforderten Form, und d. ein formgerechtes Einverleibungsgesuch seitens der hierzu berechtigten Person beim Grundbuchsgerichte. Verjährung und Ersitzung haben für Grundstücke nur insoweit eine Bedeutung, als das Publizitätsprinzip nicht hinderlich im Wege steht (ABGB. § 1500).

Für bewegliche Sachen ist dagegen die Erwerbung des Eigentums durch Übergabe (ABGB. §§ 423 ff.) der normale Weg zur Herbeiführung des Eigentumsüberganges. Außerdem kennt das ABGB. als Erwerbsgründe: die Zueignung (§§ 380 ff.) und den Zuwachs (§§ 404 ff.).

[2]) D. 41, 1: De adquirendo rerum dominio.

[3]) Im 16. Jahrhundert kam die Anschauung auf, daß sich Eigentumserwerb nur vollziehe beim Zusammentreffen zweier Umstände: eines obligatorischen (titulus adquirendi), durch den ein persönliches Recht auf Erwerb der Sache (ius ad rem) begründet würde, und eines sachlichen (modus adquirendi), durch den das vorhandene obligatorische ius ad rem sich in ein dingliches ius in re verwandele.

Diese Anschauung gründete sich auf zwei Quellenstellen, einen Ausspruch in D. 41, 1, 31: Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur und die l. 20 C. 2, 3: Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Beide Sätze bringen aber nur selbstverständliche Rechtsgedanken zum Ausdruck, der erstere den Grundsatz, daß aus der Tatsache der Besitzübertragung allein auf Eigentumsübergang nicht geschlossen werden kann, weil die Übertragung ebenso gut zu anderen Zwecken, zB. Pfandbestellung, Einräumung einer Emphyteuse usw., erfolgt sein kann, und der letztere den Grundsatz, daß das Eigentum nicht durch obligatorische, sondern durch dingliche Rechtsakte übertragen wird. Unrichtigerweise wurde nun, indem man die erste Stelle dahin verstand: „Übergabe allein genügt nicht zum Eigentumserwerb, es muß ein Titel vorhanden sein," und die zweite dahin: „der Titel

Sache ein doppeltes Eigentum unmöglich ist (S. 679), folgt aus dem Erwerbe des Eigentums an einer Sache der Untergang des Eigentums des bisherigen Eigentümers. Eigentumsverlust ohne den entsprechenden Eigentumserwerb durch einen Anderen findet statt bei dem Entweichen von Tieren (unten § 125 a 1), der Dereliktion (unten § 125 a 2), dem Untergang einer Sache (zB. Tod eines Tieres).

a. Adquisitiones civiles und naturales.

Die Eigentumserwerbsarten des älteren rR. beruhen teils auf ius civile, teils auf ius gentium[4]). Die den letzteren entstammenden sog. adquisitiones naturales sind in das neueste rR. und von da in das moderne Recht übergegangen und daher im einzelnen unten (§§ 121 ff.) zu besprechen. Die adquisitiones civiles dagegen gehören mit Ausnahme — der freilich sehr umgebildeten — Ersitzung (unten § 122) schon zu Zeiten Justinians der Geschichte an.

1. Die adquisitiones civiles sind als dem ius civile angehörig nur solchen Personen zugänglich, die des

allein genügt nicht, es muß Übergabe hinzutreten", der eingangs erwähnte allgemeine Grundsatz aufgestellt, der auch in das ABGB. Eingang gefunden hat (vgl. §§ 316—320, 380, 381, 449, 480). Das Dogma vom notwendigen Zusammenwirken eines titulus mit einem modus ist durchaus unrichtig. Beim originären (S. 704) Eigentumserwerb — von der einen Titel voraussetzenden (unten § 122 c 2) Ersitzung abgesehen — ist ein ein ius ad rem gewährender Titel überhaupt nicht denkbar. Beim derivativen Eigentumserwerb, insbesondere bei der Übergabe ist ein solcher Titel zwar regelmäßig vorhanden — aber der Eigentumserwerb ist von seinem Vorhandensein und seiner Rechtsbeständigkeit unabhängig; denn die derivativen Eigentumserwerbsarten sind abstrakte Rechtsvorgänge (dingliche Rechtsgeschäfte). Übergibt A dem B ein Pferd zu Eigentum, so wird B auch dann Eigentümer, wenn er glaubte, A wolle ihm das Pferd schenken, während A es ihm verkaufen wollte. Vgl. unten § 121 b.

[4]) I. 2, 1, 11: Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciscimur iure naturali, quod, sicut diximus, appellatur ius gentium, quarundam iure civili. commodius est itaque a vetustiore iure incipere. palam est autem vetustius esse naturale ius, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit: civilia enim iura tunc coeperunt, cum et civitates condi et magistratus creari et leges scribi coeperunt.

commercium teilhaftig sind (S. 146), und sind — wenigstens für die wichtigsten Gegenstände des altrömischen Rechtsverkehrs, die res mancipi (S. 203) — allein geeignet, vollwertiges Eigentum (dominium ex iure Quiritium, S. 680) zu begründen.

Adquisitiones civiles sind: mancipatio in iure cessio, adiudicatio, usucapio, Zuweisung von Staatsgut durch einen zuständigen Beamten und Eigentumsübergang kraft Gesetzes.

α. Die nur bei res mancipi anwendbare mancipatio war, wie S. 146 dargestellt, ursprünglich ein Handkauf, d. h. ein Kauf, bei welchem der Verkäufer die Ware dem Käufer sofort zu Eigentum überträgt, während dieser Zug um Zug (daher vielleicht der S. 517[13] behandelte Grundsatz) den Kaufpreis durch Zuwägen an den Verkäufer zahlt. Später hat sich die mancipatio jedoch zu einer bloßen Rechtsform (imaginaria venditio) für Eigentumserwerbsfälle aller Art entwickelt (so zB. auch für die Fälle von Schenkung, fiducia, Verkauf unter Kreditierung des Kaufgelds), also, wie man heute sagen würde, zu einem abstrakten dinglichen Vertrage, ähnlich der Auflassung des deutschen BGB. Die causa der Übereignung ergab sich erst aus der nuncupatio, dem mündlich Vereinbarten, ebenso die Geschäftsbedingungen, zB. Verkauf eines Grundstücks unter Vorbehalt des Nießbrauchs (deductio, unten § 135 a 1 γ) oder unter Garantie der Servitutenfreiheit (ager optimus maximus, S. 521[4]) oder unter Ausbedingung der Rückgabe (fiducia, S. 151[5]). Über die Haftung des Manzipationsverkäufers auf das Doppelte im Falle der Entwehrung (actio auctoritatis) vgl. S. 522.

Die mancipatio war schon im 4. Jahrhundert n. Chr. veraltet und wurde von Justinian in C. 7, 31 ausdrücklich beseitigt. In den Quellen sind zahlreiche Fälle, die sich auf die Manzipation bezogen, durch Interpolation (S. 28) in Traditionsfälle umgewandelt.

β. Die für res mancipi und nec mancipi anwendbare, aber wegen der Notwendigkeit der Angehung des Gerichts weniger beliebte (G. 2, 25) in iure cessio war, wie S. 151 dargelegt, eine dem Eigentumsprozesse nach-

gebildete Rechtsform (imaginaria vindicatio). Sie war gleich der mancipatio ein abstrakter dinglicher Vertrag. Auch sie war schon lange vor Justinian veraltet.

γ. Die adiudicatio im Teilungsverfahren war eine civile Eigentumserwerbsart, wenn sie in einem iudicium legitimum[5]) erfolgte.

δ. Über die civilrechtliche usucapio und ihre Umbildung in die Ersitzung des justin. Rechts ist im § 122 b zu sprechen.

ε. Eine Eigentumsübertragung von Staatsgut fand statt:

a. beim Verkaufe von Staatsland durch den Quästor (ager quaestorius) und bei der Verteilung von Staatsland (ager assignatus) zufolge einer lex agraria (S. 93[4]), bei einer Kolonie (S. 76) oder zur Belohnung von Veteranen;

b. bei der Versteigerung (addictio) erbeuteter Sachen (sectio praedae) durch den Quästor „sub hasta" (S. 73[4]), wobei die als Sklaven zu verkaufenden Gefangenen zum Zeichen des Ausschlusses der Gewährleistung einen Kranz trugen (venditio sub corona);

c. im Falle der sectio bonorum, d. h. beim Verkauf konfiszierter Güter eines Verbrechers (S. 176[9]).

In allen diesen Fällen geht nach justin. Recht Eigentum erst mit der Übergabe über.

ζ. Unmittelbar kraft Gesetzes (lege) findet Eigentumsübergang statt: im Falle der Verwirklichung[6]), sowie der capitis diminutio (S. 166), und kraft der Erbfolge.

---

[5]) G. 4, 104: Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur. Fehlt eines dieser Erfordernisse, so liegt ein iudicium imperio continens vor; ein solches endet mit dem Amte des Magistrats, der es angeordnet hat, während das iudicium legitimum ursprünglich zeitlich unbegrenzt ist und nach Augustus' lex iudiciaria 18 Monate in Kraft bleibt.

[6]) Eigentumsübergang kraft Verwirkung tritt in folgenden Fällen ein:

a. Die dem Zoll entzogenen Sachen fallen an den Zollberechtigten (cadere in commissum, vgl. D. 34, 4 und C. 4, 61).

2. Adquisitiones naturales sind: die traditio (unten § 121), die usucapio in ihrer neueren Form (unten § 122 b), die confusio, commixtio, specificatio (unten § 123), der Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Akzessionen (unten § 124), die occupatio (unten § 125), der Fund (unten § 126), endlich die adiudicatio (unten § 130 b) in einem iudicium imperio continens (S. 703[5]).

b. Originärer und derivativer Eigentumserwerb.

Erwirbt jemand das Eigentum an einem Gegenstande von dem bisherigen Eigentümer, stützt er also sein Eigentum auf einen Rechtsurheber (auctor), von dem er sein Recht „herleitet", so spricht man von derivativem (abgeleitetem), hat sich der Eigentumserwerb dagegen unabhängig von einem Vorgänger vollzogen, von originärem (ursprünglichem) Eigentumserwerb.

Originär ist zB. der Erwerb durch Ersitzung, Verarbeitung, Fund, der Erwerb von Erzeugnissen. Gleichgültig ist hierbei, ob die erworbene Sache schon in eines Anderen Eigentum gestanden hat (wie bei der Ersitzung, dem Fund, der Verarbeitung, der Aneignung derelinquierter Sachen), oder der Erwerber ihr erster Eigentümer ist (wie bei der Jagdbeute, dem Fruchterwerb). Auch im ersteren Falle liegt originärer Erwerb vor; denn der Erwerbende gründet sein Eigentum nicht auf das — inzwischen untergegangene — Eigentum des früheren Eigentümers.

---

b. Die durch unerlaubte Selbsthilfe fortgenommenen Sachen verfallen dem Entsetzten (S. 341).

c. Wer als Miteigentümer eines Hauses seinen Anteil an den Reparaturkosten dem Genossen, der sie bezahlt hat, nicht binnen vier Monaten erstattet, verwirkt sein Miteigentum an diesen Genossen (D. 17, 2, 52, 10; C. 8, 10, 4).

d. Wer ein fruchtbringendes steuerpflichtiges Grundstück unbebaut läßt, verliert es zugunsten dessen, der es bestellt, falls er ihm nicht binnen zwei Jahren seine Verwendungen erstattet (C. 11, 58, 8).

e. Der parens binübus verliert das Eigentum der lucra nuptialia an die Kinder erster Ehe (unten § 148 c).

Derivativ ist zB. der Erwerb des Eigentums durch Erbgang (Erbschaft und Vindikationslegat), durch Adjudikation, durch mancipatio und in iure cessio, vor allem aber durch Übergabe (und nach deutschem BGB. durch Auflassung). Der derivative Erwerb kann auf dem Willen des bisherigen Eigentümers beruhen (Übergabe, testamentarische Erbschaft) oder auf Richterspruch (adiudicatio) oder unmittelbar auf Gesetz (Intestaterbfolge).

Praktische Bedeutung hat die Unterscheidung vor allem für die Beweislast. Zum Nachweise des abgeleitet erworbenen Eigentums muß auch das Eigentum der Vorgänger soweit hinauf bewiesen werden, bis ein ursprünglicher Erwerb, zB. durch Ersitzung, feststeht (sog. probatio diabolica, unten § 127 b 1); denn nach dem Grundsatze „nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet" (S. 229) kann Eigentum nur seitens eines Eigentümers weiter übertragen werden und mit den Belastungen, die auf ihm ruhen [7]).

Der derivative Eigentumserwerb kann sich wie jeder abgeleitete Erwerb (S. 229) vollziehen: durch Universalsukzession (Erbgang oder adquisitio per universitatem, S. 230, venditio bonorum im Konkurs, S. 485, conventio in manum mariti, unten § 144 a) oder durch Singularsukzession (zB. Übergabe). Hier kommen nur die singulären Erwerbsfälle in Betracht.

## § 121. Übertragung.

### a. Begriff.

Der abgeleitete Eigentumserwerb vollzieht sich im jüngsten rR. [1]) regelmäßig durch Übertragung, d. h. durch

[7]) In der Durchbrechung dieses den Verkehr sehr behindernden Grundsatzes des rR. durch die Aufstellung des umgekehrten Satzes, daß Eigentümer auch der wird, der eine Sache vom Nichteigentümer gutgläubig erwirbt (unten S. 711[9]), liegt eine der wichtigsten Neuerungen des deutschen BGB. gegenüber dem Gem. Recht.

[1]) Ebenso ABGB., nach dem die Übertragung jedoch nur für bewegliche Sachen anwendbar ist (§§ 426 ff.), während für Immobilien der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb durch die Auflassung und Eintragung im Grundbuche vermittelt wird (S. 700[1]).

Übergabe einer Sache auf Grund einer Einigung des Eigentümers und des Erwerbers darüber, daß letzterer Eigentümer werden soll. Die Erfordernisse einer den Eigentumsübergang vermittelnden Übertragung sind hiernach: ein rechtsgeschäftliches: Einigung des Veräußerers und des Erwerbers (unten b), ein sachliches: Übergabe der Sache an den Erwerber (unten c) und ein rechtliches: Befugnis des Veräußerers zur Eigentumsübertragung (unten d).

b. Die Einigung.

1. Die zur Bewirkung des Eigentumsübergangs durch Übertragung erforderliche Einigung bedeutet einen Vertrag, inhalts dessen das Eigentum an einer Sache von dem bisherigen Eigentümer auf den Erwerber übergehen soll. Dieser unmittelbar auf eine Vermögensverschiebung gerichtete, also „dingliche" Vertrag hat nichts mit dem obligatorischen Vertrage zu tun, der zu der Eigentumsübertragung den Anlaß gegeben hat. Verkauft A dem B ein Pferd, so ist der Kaufvertrag der obligatorische Vertrag. Eine Eigentumsverschiebung wird nun durch den Abschluß des Kaufvertrags allein noch nicht bewirkt (C. 2, 3, 20, oben S. 517), sondern erst dadurch, daß A dem B das Pferd in der Absicht übergibt, ihm Eigentum daran zu verschaffen, und B es in der Absicht annimmt, Eigentum daran zu erwerben. Dieser durch das Übereinstimmen des Veräußerungs- und des Erwerbswillens (animus dominii transferendi et adquirendi) geschlossene (dingliche) Vertrag bewirkt aber anderseits für sich allein — unter den übrigen Voraussetzungen (Übergabe, Eigentum des Veräußerers) — den Eigentumsübergang; hat A dem B das Pferd zu Eigentum übergeben, so wird B selbst dann Eigentümer des Pferdes, wenn der der dinglichen Einigung zugrunde liegende obligatorische Vertrag ungültig ist, zB. weil A das Pferd verkaufen wollte, B annahm, daß A es ihm schenke. M. a. W.: Der Eigentumsübertragungsvertrag ist ein abstrakter Vertrag[2]).

[2]) Ob die traditio abstraktes oder kausales Rechtsgeschäft ist, ob also insbesondere, wenn beide Teile Eigentum übertragen und

2. Ist hiernach zum Eigentumsübergang durch Übertragung die dingliche Einigung hinreichend, so muß diese anderseits den Erfordernissen jedes Vertrages genügen. Eigentum geht daher zB. nicht über, wenn A dem B rechtsgültig ein Pferd verkauft, die Übergabe aber im Zustande der Geschäftsunfähigkeit vollzieht oder der Veräußerer sich

---

empfangen wollen, eine mangelnde Willensübereinstimmung bezüglich des weiteren Zwecks der Übergabe (der causa traditionis) gleichgültig ist, war unter den römischen Juristen streitig. Es besteht eine berühmte, noch nicht sicher gelöste Antinomie zwischen zwei Aussprüchen Julians und Ulpians:

Iulianus D. 41, 1, 36; Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratum tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. Hiernach behandelt Julian die Tradition als abstrakten Vertrag; denn die zwecks Eigentumsübertragung vorgenommene Tradition soll selbst dann Eigentumserwerb herbeiführen, wenn der mit der Tradition beabsichtigte weitere Zweck nicht eintritt, weil die Parteien über ihn nicht einig sind. Selbstverständlich kann durch die Tradition nur dann ein Eigentumsübergang herbeigeführt werden, wenn die Parteien mindestens über den nächsten Zweck der Tradition, nämlich den Eigentumsübergang selbst einig sind, d. h. es muß bei ihnen jedenfalls der sog. animus dominii transferendi et adquirendi vorhanden sein (S. 706).

Im Gegensatze dazu sagt Ulpian in D. 12, 1, 18, pr.: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

Julians Meinung ist der Vorzug zu geben.

Ausnahmsweise tritt nach rR. der Eigentumsübergang nicht ein, wenn das kausale Geschäft gesetzlich verboten ist, so wenn ein Ehegatte dem andern eine Sache schenkungsweise übergibt (D. 24, 1, 3, 10, S. 538), wenn eine Frau eine Sache zwecks einer Intervention (S. 501[2]) übergibt (D. 16, 1, 32, 2). Im übrigen wird durch die Nichtigkeit des kausalen Geschäfts der Eigentumsübergang nicht gehindert; vgl. zB. D. 12, 5, 2.

bei der Übergabe in einem Irrtume befindet, so über den Gegenstand, den Empfänger, die Eigentumsverhältnisse an der übergebenen Sache[3]). Die Einigung muß ferner einen Übereignungsvertrag darstellen. Ist bei den Parteien nicht der animus dominii transferendi et adquirendi vorhanden, so bewirkt die Übergabe keinen Eigentumsübergang[4]). Denn diese kann noch zu zahllosen anderen Zwecken (Verpfändung, Leihe, Verwahrung usw.) erfolgen. Daß die Übergabe zum Zwecke der Eigentumsübertragung erfolgt ist, wird sich vielfach nur aus dem unterliegenden obligatorischen Geschäft erkennen lassen. So ist die S. 700[3] besprochene l. 31 D. 41, 1 zu verstehen: „nunquam nuda traditio transfert dominium".

3. Bei der dinglichen Einigung ist, wie bei sonstigen Verträgen, Stellvertretung zulässig[5]).

4. Der auf Eigentumsübertragung gerichtete Vertrag kann unter einer Bedingung oder einer Befristung geschlossen werden. Besonders häufig ist das pactum re-

---

[3]) Vgl. zB. D. 41, 1, 35: Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.

[4]) Vgl. zB. auch D. 39, 5, 10: Absenti, sive mittas qui ferat, sive quod ipse habeat sibi habere eum iubeas, donari recte potest. sed si nescit rem quae apud se est sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum eius cui donabatur missa fuerit, nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat.

[5]) Auch hier muß aber Einverständnis der miteinander verhandelnden Personen über die Person des Empfängers vorhanden sein. Will A also ein Pferd dem B zu Eigentum übergeben und nimmt B es mit der Erklärung an, daß er es für C erwerbe, oder will A es dem B als Vertreter des C übergeben, während B erklärt, es für sich erwerben zu wollen, so kommt kein Übereignungsvertrag zustande und der Eigentumsübergang tritt nicht ein. Anders, wenn der Empfänger die Sache annimmt, ohne seinen von dem des Gebers abweichenden Willen kund zu geben; dann kommt der innere Wille des Empfängers als bloße Mentalreservation (S. 253) nicht in Betracht. So erklärt sich der anscheinende Widerspruch zwischen D. 39, 5, 13 und 41, 1, 37, 6. Vgl. S. 655[22].

servati dominii, der vertragsmäßige Vorbehalt des Eigentums (im österr. Recht ausdrücklich gestattet bei Ratengeschäften, § 2 des Ges. vom 27. April 1896). Beim Kauf wird nach rR. der Eigentumsübergang schon kraft Gesetzes bis zur Zahlung oder Sicherstellung des Kaufpreises aufgeschoben (S. 517; anders ABGB. § 1063, wonach beim Kaufen auf Borg mit der Übergabe der Sache an den Käufer das Eigentum derselben gleichzeitig auf ihn übergeht. Die Judikatur faßt diese Norm als eine Regel auf, welche Ausnahmen zuläßt, und erklärt so das pactum reservati dominii auch für das österr. Recht als statthaft.

c. Übergabe.

1. Der bloße Übereignungsvertrag genügt nicht zur Bewirkung des Eigentumsübergangs; es muß regelmäßig[6]) Übergabe, Übertragung des juristischen Besitzes (C. 2, 3, 20, S. 700[3]) hinzutreten. Diese braucht aber nicht immer von Hand in Hand zu erfolgen; sie kann vielmehr unter Umständen auch geschehen durch die bloße dingliche Einigung, nämlich:

α. durch brevi manu traditio (I. 2, 1, 44, S. 652), falls der Erwerber die ihm zu übergebende Sache (zB. als Mieter, Leiher, Verwahrer) bereits innehat (vgl. ABGB. § 428 Schlußs.);

---

[6]) Eigentumsübergang durch bloßen Vertrag ohne Übergabe vollzieht sich ausnahmsweise bei Verkäufen und Schenkungen an Kirchen und milde Stiftungen; diese sollen auch ohne Tradition Eigentümer werden (C. 1, 2, 23, 4). Keine Ausnahme bildet dagegen der Eigentumsübergang an dem beiderseitigen Vermögensstande auf die Gesellschafter im Falle des Abschlusses einer societas omnium bonorum (D. 17, 2, 1, 1), da hier ein constitutum possessorium unterstellt wird (D. 17, 2, 2).

Im österr. Recht geht der Eigentumserwerb durch Universalsukzession ohne eigentliche Tradition vor sich (ABGB. § 547).

Wegen der vorwiegenden Bedeutung der Übergabe für die Übereignung wird in den Quellen die traditio, also die Besitzübertragung, als der Eigentumsübertragungsvorgang bezeichnet, indem der Übereignungswille unterstellt wird (zB. I. 2, 1, 40: per traditionem res nobis adquiruntur; vgl. dagegen D. 41, 1, 31, pr., S. 700[3]).

β. durch constitutum possessorium (S. 652); d. h. soll der Veräußerer, der die zu übergebende Sache im Besitze hat, die Innehabung der Sache weiter behalten, so genügt zur Besitzübertragung die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, kraft dessen der Veräußerer (als Mieter, Verwahrer, Leiher) die Sache weiter behält (ABGB. § 428 Abs. 1).[7])

2. Bei der Übergabe unter Abwesenden (Distanzgeschäft) geht das Eigentum schon mit der Übergabe an den Überbringer (Bote, Post, Frachtführer) über, wenn dieser Stellvertreter des Empfängers ist (S. 708[4]), sonst erst mit der Ablieferung[8]).

3. Die Übergabe muß an eine bestimmte Person erfolgen; eine Ausnahme bildet der sog. iactus missilium (I. 2, 1, 46, D. 41, 1, 9, 7, D. 41, 7, 5, 1, zB. das Auswerfen von Geld, das Auslegen von zum Mitnehmen bestimmten Schriften), wobei eine traditio ad incertam personam stattfindet. Manche fassen den iactus missilium dagegen nicht als Tradition, sondern als Dereliktion (unten § 125 b 2) mit nachfolgender Okkupation auf.

d. Übergabe durch den Eigentümer.

Die von jemandem mit dem animus dominii transferendi übergebene Sache macht den Empfänger, selbst wenn

---

[7]) Durch die bloße Erklärung des Veräußerers, daß er die von ihm bisher besessene Sache nunmehr für den Erwerber innehaben wolle, ohne Vereinbarung eines die Innehabung kennzeichnenden Rechtsverhältnisses, wird der Besitz nicht übertragen.

Hat weder der Veräußerer noch der Erwerber die Sache inne, sondern ein Dritter, so geht das Eigentum an ihr nicht durch die bloße Abtretung der rei vindicatio, sondern erst dadurch über, daß der Erwerber in den Besitz der Sache gelangt; vgl. D. 21, 3, 1, 5. Dasselbe gilt für das österr. Recht, wenn der Dritte Besitzer der Sache ist; ist derselbe jedoch nur Inhaber im Namen des Tradenten, so kann durch entsprechende Anweisung des Inhabers sofort Tradition erfolgen. Anders DBGB. § 931, wonach die Übergabe dadurch ersetzt werden kann, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt; vgl. S. 653[15].

[8]) Vgl. D. 41, 1, 65, pr. und D. 47, 2, 14, 17; vgl. ABGB. § 429.

er den animus dominii adquirendi hat, nach rR. grundsätzlich nur dann zum Eigentümer, wenn der Veräußerer zur Übereignung befugt, d. h. Eigentümer der Sache (D. 41, 1, 20, pr.) oder namens des Eigentümers über die Sache zu verfügen berechtigt ist (vgl. D. 21, 3, 1, 2 und 3, C. 8, 44, 11), so zB. auch als Bevollmächtigter (D. 41, 1, 9, 4) oder als gesetzlicher Vertreter (D. 49, 14, 5, 1). Der Erwerb vom Nichteigentümer bewirkt, selbst wenn der Empfänger gutgläubig ist, d. h. den Veräußerer für den Eigentümer hält [9]), nur publizianischen Besitz (unten § 129), führt also erst durch die Ersitzung zum Eigentum.

---

[9]) Der Erwerber erhält das Eigentum ferner so, wie es beim Veräußerer ist, also zB. belastet, wenn an ihm iura in re aliena bestehen (D. 41, 1, 20). Darin zeigt sich gerade die absolute Wirkung der dinglichen Rechte, daß sie auch gegen jeden Dritten gehen (daher die Regel für die Eigentumsklage: ubi rem meam invenio, ibi eam vindico; unten § 127[2]).

Das österr. Recht läßt im Anschluß an das ältere deutsche Recht aus Rücksichten für die Sicherheit des Verkehrs ausnahmsweise Eigentumserwerb trotz mangelnden Eigentums des Übergebers zu. Diese Ausnahmsfälle sind nach ABGB. § 367: a. wenn die Sache in einer öffentlichen Versteigerung hintangegeben wurde; b. wenn der redliche Besitzer die Sache von einem Gewerbsmann an sich gebracht hat, der zum Verkehre mit derlei Sachen befugt ist und c. wenn der Erwerb von demjenigen herrührt, dem die Sache vom Eigentümer anvertraut war. Alle drei Ausnahmsfälle haben zur Voraussetzung, daß es sich um den Erwerb einer beweglichen Sache handelt, daß der Erwerb gegen Entgelt erfolgt ist und daß der Ewerber die Sache redlicherweise an sich gebracht hat. Ein Eigentumserwerb ist daher auch in den vorerwähnten drei Fällen dann ausgeschlossen, wenn der Erwerber schon aus der Natur der an sich gebrachten Sache oder aus dem auffallend geringen Preise derselben, oder aus den bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormannes, aus dessen Gewerbe oder anderen Verhältnissen einen gegründeten Verdacht gegen die Redlichkeit seines Besitzes hätte schöpfen können (ABGB. § 368). Ein vierter Fall ergibt sich aus der Norm des ABGB. § 371 beim Erwerbe von Geld oder auf den Überbringer lautenden Schuldbriefen.

Einen ähnlichen Standpunkt nimmt das deutsche BGB. ein. Für den Erwerb beweglicher Sachen gilt nach §§ 932 ff. der entsprechende Grundsatz, daß der Erwerber auch dann Eigentümer wird, wenn die ihm übertragene Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er nicht in gutem Glauben ist, d. h. daß ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht

Keine eigentliche Ausnahme von diesen Grundsätzen bilden die Fälle der Konvaleszenz (oben S. 310), also wenn der Veräußerer nachträglich — zB. durch Erbgang — Eigentümer wird (D. 21, 3, 1, pr. und 2) oder vom Eigentümer vorbehaltlos beerbt wird (D. 21, 3, 1, 1; 21, 2, 73). Denn abgesehen davon, daß der Erwerber durch die Konvaleszenz nicht wirklich Eigentümer, sondern nur gegen dolose Ansprüche des Veräußerers im Wege der exceptio rei venditae et traditae geschützt wird, fällt hierbei der den Eigentumsübergang hindernde Mangel der Verfügungsbefugnis später fort und es wird nur von der nochmaligen Übertragung abgesehen. In einigen Ausnahmefällen führt die Übertragung seitens eines Nichteigentümers aber wirklich den Eigentumsübergang herbei, nämlich:

1. wenn der Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache regelmäßig veräußert (I. 2, 8, 1; vgl. ABGB. § 456); unten § 140 c 4;

2. wenn der Fiskus, der Kaiser oder die Kaiserin fremde Sachen veräußern. Der auf diese Weise seines Eigentums Beraubte sowie die ihre Rechte verlierenden Pfandgläubiger behalten nur einen persönlichen in vier Jahren verjährenden Anspruch gegen den Veräußerer (I. 2, 6, 14, C. 7, 37, 2 und 3).

---

dem Veräußerer gehört. Bei beweglichen Sachen steht also — anders als bei Grundstücken — grobfahrlässige Unkenntnis der Kenntnis gleich. Eine Ausnahme besteht nur für solche Sachen, die dem Eigentümer wider seinen Willen abhanden gekommen sind, abgesehen von Geld, Inhaberpapieren und den im Wege öffentlicher Versteigerung veräußerten Sachen. Der gutgläubige Erwerber eines gestohlenen Hundertmarkscheins wird also dessen Eigentümer, nicht aber der gutgläubige Erwerber eines gestohlenen Pferdes.

Wohl zu beachten ist jedoch, daß der gute Glaube nur die mangelnde Verfügungsbefugnis des Veräußerers deckt, nicht auch eine mangelnde Verfügungsfähigkeit. Wer vom Eigentümer kauft, wird auch nach österr. und deutschem Rechte nicht Eigentümer, wenn der Veräußerer geschäftsunfähig ist, auch wenn der Erwerber dies nicht weiß. Hier muß die Ersitzung helfen (unten § 122[4]).

## § 122. Ersitzung.

### a. Begriff und Bedeutung[1]).

Ersitzung ist Eigentumserwerb durch fortgesetzten Besitz (D. 41, 3, 3: usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti). Ihre Einführung beruht auf den gleichen Erwägungen wie die der Verjährung (S. 322).[2]) Ihre Bedeutung zeigt sich im klassischen rR. — abgesehen von der durch sie gewährten Erleichterung des Eigentumsbeweises (unten § 129) — nach zwei Richtungen: einmal — bei der bloßen traditio einer res mancipi durch den Eigentümer, S. 702 — soll sie die Mängel der Form des Erwerbsakts heilen; anderseits dient sie dem Eigentumserwerbe desjenigen, der eine Sache gutgläubig, aber mit einem materiellen Mangel behaftet, nämlich vom Nichteigentümer, oder einem nicht zur Veräußerung berechtigten Eigentümer[3]) erworben hat (S. 711).[4]) Aber nicht nur die vollendete, auch die nur begonnene Ersitzung hat Rechtsfolgen: wer sich im Ersitzungs-

---

[1]) I. 2, 6: De usucapionibus et longi temporis possessionibus, D. 41, 3: De usurpationibus et usucapionibus, vgl. D. 41, 4—10; C. 7, 30: Communia de usucapionibus, vgl. auch C. 7, 26—29.

[2]) D. 41, 3, 1: Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.

[3]) D. 41, 4, 2, 15: Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione: quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest. Die Stelle gibt zugleich ein gutes Beispiel für die verschiedene Behandlung des tatsächlichen und des Rechtsirrtums (S. 257).

[4]) Im Gegensatze zum deutschen BGB., welches die Ersitzung auf bewegliche Sachen beschränkt, läßt das österr. Recht die Ersitzung auch an unbeweglichen Sachen zu. Bei Mobilien ist ihre Bedeutung dadurch eingeschränkt, daß auch der gutgläubige Erwerb von einem Nichteigentümer geschützt ist (§ 367).

besitze befindet, ist gegen Minderberechtigte wie ein Eigentümer geschützt (actio Publiciana, unten § 129).

b. Geschichtliche Entwicklung.

Die Ersitzung des justin. Rechts ist das Ergebnis einer Verschmelzung der usucapio des Civilrechts mit der longi temporis praescriptio des ius gentium.

1. Schon die 12 Tafeln bestimmten, daß Grundstücke binnen zwei Jahren, alle übrigen Gegenstände (auch die Erbschaft, unten Anm. 6) binnen eines Jahres ersessen werden sollten: „usus auctoritas[5]) fundi biennium est, ceterarum rerum annus." Auf formelle Rechtmäßigkeit des Besitzes (Besitztitel) und guten Glauben beim Besitzerwerbe kam es dabei nicht an (mindestens nicht anfänglich).[6]) Auch Servi-

---

[5]) Usus (et) auctoritas sind zwei ohne Kopula nebeneinander gestellte Nominative, wie „usus fructus". Auctoritas bezeichnet die Gewährleistungspflicht des Manzipanten einer fremden Sache (auctor) im Falle ihrer Eviktion (actio auctoritatis, S. 522). Der Satz der 12 Tafeln bedeutet also: für Ersitzung (usus) und Eviktionshaftung (auctoritas) gelten die gleichen Fristen von 2 und 1 Jahr. Diese Gleichstellung beruht darauf, daß der Empfänger durch die Ersitzung Eigentümer wird und daß damit gleichzeitig die Gewährleistungspflicht des Veräußerers ihr Ende erreicht. Auch die Unersitzbarkeit (S. 717) wird daher in den 12 Tafeln als „aeterna auctoritas" (d. h. also „nie endende Eviktionshaftung") bezeichnet, so zB. „adversus hostem aeterna auctoritas" (S. 716), „rerum furtivarum aeterna auctoritas" (S. 718).

[6]) Auch im späteren Recht erhielten sich einige Sonderfälle, in denen sich die usucapio trotz Fehlens von titulus und bona fides vollzog.

a. Usucapio pro herede.

Wer eine vom Erben noch nicht angetretene Erbschaft (hereditas iacens) ganz oder zum Teil in Besitz nahm, ersaß ursprünglich das in Besitz Genommene in einem Jahr, auch wenn es sich um Grundstücke handelte (weil die hereditas zu den „ceterae res" der 12 Tafeln gehörte). Als Grund dieser usucapio lucrativa et improba bezeichnet G. 2, 55: quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur. Unzulässig war diese Ersitzung gegenüber einem suus (da er die Erbschaft ohne Antretung erwarb, § 159 a) und zugunsten desjenigen, der eine Sache schon bei Lebzeiten des Erblassers

tuten konnten anfänglich ersessen werden; dies wurde jedoch durch eine lex Scribonia (D. 41, 3, 4, 28) aufgehoben

---

von ihm, zB. als Depositum, erhalten hatte. Gerade für den letzteren Fall wurde der Satz aufgestellt (S. 653): nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest (D. 41, 2, 3, 19).

Durch ein SC. (Iuventianum, nach Juventius Celsus, S. 115 benannt) unter Hadrian wurde diese usucapio pro herede dem wirklichen Erben gegenüber für wirkungslos erklärt und Mark Aurel bestrafte die unbefugte Aneignung von Erbschaftssachen als crimen expilatae hereditatis (D. 47, 19, 1). Die von nun an noch vorkommende „usucapio pro herede" ist ein Fall der ordentlichen Ersitzung (S. 719).

b. Usureceptio.

In einigen Fällen, in denen es sich um den Rückerwerb von Sachen handelt, war die Ersitzung besonders erleichtert.

1. Usureceptio ex fiducia.

Hatte jemand fiduciae causa (S. 151[5]) eine Sache auf einen Anderen durch mancipatio oder in iure cessio zu Eigentum übertragen, während der Zweck dieser Übertragung nur war, ihm die Sache zu verpfänden oder in Verwahrung zu geben, so konnte der Veräußerer die Sache, wenn er ihren Besitz zurückerhielt, auch ohne Rückmanzipation oder Rückzession und selbst, wenn es sich um eine Immobilie handelt, durch einjährige Ersitzung zurückerwerben. Hatte jedoch der Fiduziar im Falle der fiducia zwecks Pfandbestellung (unten § 138 b) seine Forderung noch nicht zurückerhalten, so findet diese usureceptio nicht statt (G. 2, 60).

2. Usureceptio ex praediatura.

Hatte ein publicanus (als manceps, S. 73[4]) für die von ihm gepachteten Einkünfte „praedibus praediisque" Sicherheit bestellt und verkauft der Fiskus eines der ihm so verpfändeten Grundstücke, so konnte der ursprüngliche Eigentümer, wenn er den Besitz des Grundstücks zurückerlangte oder darin belassen wurde, durch zweijährigen, selbst schlechtgläubigen Besitz, das Eigentum wiedererwerben. Der Käufer hieß praediator, daher der Name dieses Rückersitzungsfalls (G. 2, 61).

Keiner der Fälle von usureceptio ist in das justin. Recht übergegangen.

c. Usucapio ex Rutiliana constitutione.

Eine unter der Agnatentutel stehende Frau (S. 283) durfte ohne auctoritas tutoris ihre res mancipi nicht veräußern. Der Empfänger konnte sie auch durch Ersitzung im allgemeinen nicht erwerben (S. 718[9]). Von diesem Grundsatze macht eine, in den vatikanischen Fragmenten behandelte, aber nicht näher bekannte „constitutio Rutiliana" eine Ausnahme, indem für den Fall eines Kaufs die Usukapion des Käufers, falls er den Kaufpreis bereits bezahlt hatte, in der gewöhnlichen Zeit

(unten § 135 c), so daß sich die Ersitzung nunmehr nur auf das Eigentum bezog.

2. Die usucapio war ein Institut des ius civile (G. 2, 65). Sie war also einerseits Peregrinen versagt (adversus hostem — d. h. peregrinum — aeterna auctoritas esto) und bezog sich anderseits nur auf die Gegenstände, an denen ein quiritarisches Eigentum möglich war, also vor allem nicht auf die in den Provinzen belegenen Grundstücke (G. 2, 46), an denen wegen des dem Staate zugesprochenen Eigentums (S. 78[3]) nur ein Besitzrechtsverhältnis anerkannt wurde. Die hiernach bestehenden Lücken ergänzten die Prätoren und die praesides provinciae durch Ausbildung des Instituts der longi temporis praescriptio. Wer 10 Jahre („inter praesentes") oder 20 Jahre („inter absentes") — je nachdem der Gegner in derselben oder in einer anderen Provinz wohnte als der Ersitzende — ruhig und redlich eine Sache besessen hatte, wurde im Wege der Rechtsprechung durch eine Einrede — die man wegen des ihr in der Formel zugewiesenen Platzes als praescriptio bezeichnete — gegen die rei vindicatio des bisherigen Eigentümers geschützt. Die longi temporis praescriptio war also zunächst eine Art der Anspruchsverjährung. Erst später erhielt der Präskribent beim Besitzverlust eine utilis rei vindicatio (D. 12, 2, 13, 1; C. 7, 39, 8, pr.). Der Besitzer erhielt also eine ähnliche Rechtsstellung wie der bonitarische Eigentümer (S. 682).

3. Im Jahre 531 verschmolz Justinian in C. 7, 31, un. (De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi) die civilrechtliche usucapio und die amtsrechtliche longi temporis praescriptio zu einem einheitlichen Ersitzungsinstitut[7]).

von 1 und 2 Jahren für zulässig erklärt wurde, es sei denn, daß ihm die Rückzahlung des Kaufpreises vorher angeboten wurde. Mit der Agnatentutel fiel dieser Sonderfall fort.

[7]) Die wesentlichsten Abweichungen der usucapio von der longi temporis praescriptio waren bis dahin:

a. Die usucapio stand nur römischen Bürgern, die l. t. pr. auch Peregrinen zu; seit der lex Antoniniana (S. 175) war dieser Unterschied hinfällig.

### c. Erfordernisse der Ersitzung.

Die Erfordernisse der Ersitzung pflegt man in den Hexameter zusammenzufassen:

res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

#### 1. Res habilis (Ersitzungsfähigkeit).

Die Ersitzung bezieht sich nur auf körperliche Sachen und ideelle Anteile an solchen (D. 41, 2, 26; 41, 4, 4); Rechte und Sachgesamtheiten als solche können nicht besessen und daher auch nicht ersessen werden[8]). Aber auch von den körperlichen Sachen sind bestimmte Gattungen der Ersitzung entzogen. Ersitzungsunfähig sind:

---

b. An Provinzialgrundstücken war nur l. t. pr. möglich, soweit sie nicht des ius Italicum teilhaftig waren (S. 78[3]).

c. Die usucapio vollzog sich (je nach dem Gegenstand) in 1 oder 2 Jahren, die l. t. pr. (je nach dem Wohnort der Beteiligten) in 10 bis 20 Jahren.

d. Die accessio possessionis (S. 725, § 122 c 5 β b) kam bei der usucapio außer dem Erben nur dem Käufer, die l. t. pr. jedem Singularsukzessor zugute.

e. Gegen Minderjährige war die usucapio, nicht aber die l. t. pr. zulässig (S. 725[20]).

f. Durch Anstellung (litis contestatio) der rei vindicatio wurde die l. t. pr., nicht aber die usucapio unterbrochen (S. 726[21]).

g. Durch die usucapio wurde die Sache mit den bisherigen Rechten, zB. den Pfandrechten, belastet ersessen; die l. t. pr. verschaffte lastenfreies Eigentum (S. 727[22]).

Nicht alle diese Verschiedenheiten sind nun in der just. Gesetzgebung ausgeglichen. Die Kompilatoren haben vielmehr Quellenstellen aufgenommen, die einander widersprechen, weil sie sich teils auf die alte usucapio teils auf die alte l. t. pr. bezogen. Die Glosse (S. 143) lehrte für solche Fälle, daß für Mobilien die Grundsätze der usucapio, für Immobilien die Grundsätze der l. t. pr. anzuwenden seien. Da Justinian aber sicherlich beabsichtigte, ein einheitliches Ersitzungsinstitut zu schaffen, ist diese Unterscheidung zu verwerfen und bei Widersprüchen in den Quellen diejenige Rechtsnorm einheitlich anzuwenden, die dem Wesen und Zweck des Instituts am besten entspricht.

[8]) Über die Ersitzung des tignum iunctum vgl. S. 723[18], über die Servitutenersitzung unten § 135 c, über die usucapio pro herede S. 714[6]. Nach ABGB. § 1455 können auch Rechte Gegenstand der Ersitzung sein.

α. die res extra commercium (D. 41, 3, 9, S. 215; vgl. ABGB. § 1455);

β. die einem gesetzlichen Veräußerungsverbot (S. 276) unterliegenden Sachen[9]); vgl. ABGB. § 1455;

γ. die res furtivae nach den 12 Tafeln und einer lex Atinia (197 v. Chr., quod subreptiva est, eius rei aeterna auctoritas esto, I. 2, 6, 2 und 7), res vi possessae nach der lex Iulia et Plautia (90 v. Chr., G. 2, 49 ff., D. 41, 3, 33, 2), die entgegen der lex Iulia repetundarum (S. 685[10]) einem praeses provinciae als Geschenk gegebenen Sachen (D. 48, 11, 8, pr.); alle diese Sachen bleiben auch in der Hand eines gutgläubigen Erwerbers solange ersitzungsunfähig, bis sie in die Hand des Eigentümers (nicht bloß des Bestohlenen) zurückkehren, erst dann „vitium rei purgatur" (D. 41, 3, 4, 6 ff.);[10])

δ. nach den 12 Tafeln das forum (oder vestibulum, Zugang) und das bustum (Verbrennungsplatz) einer Grabstätte[11]); ferner die quinque pedes, d. h. der Grenzrain (S. 698, der Grenzrain unterliegt aber der außerordentlichen Ersitzung, C. 3, 39, 6);

ε. res fiscales, bona vacantia (unten § 157 a 4 β d)

---

[9]) D. 50, 16, 28: „Alienationis" verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare qui patitur usucapi. Hiernach gilt aber als Veräußerung nur diejenige Ersitzung, die auf absichtlicher Zulassung beruht.

[10]) I. 2, 6, 3: „Quod autem dictum est furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per legem prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possit: nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident: sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit vel ex alia causa acceperit, usucapiendi ius habeat. unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat. nam qui alienam rem vendidit vel ex alia causa tradidit, furtum eius committit. Dagegen erlangt der bonae fidei possessor einer res furtiva die von ihm getrennten Früchte (D. 41, 3, 4, 19), sowie die bei ihm konzipierten Sklavenkinder und Tierjungen; doch war letzteres streitig.

[11]) Der locus religiosus (S. 216) ist zwar schon als res extra commercium der Ersitzung entzogen; dazu gehört aber nur der von dem Leichnam eingenommene Platz.

jedoch erst, wenn der Fiskus die Absicht, sie sich anzueignen, kundgegeben hat (D. 41, 3, 18), ferner Sachen des Regenten (C. 7, 38, 1 und 2), Grundstücke der Kirchen und milden Stiftungen (Nov. 111, 1 und 131, 6).[12])

2. Titulus.

α. Die Ersitzung kann sich nur vollziehen, wenn der Ersitzende seinen Besitz auf einen Erwerbstitel zu stützen in der Lage ist, d. h. auf einen äußeren Vorgang, der den Erwerb seines Eigenbesitzes (unten S. 721) als rechtmäßig erscheinen läßt. Solche Titel sind vor allem die verschiedenen auf Eigentumserwerb gerichteten Rechtsgeschäfte; zB. titulus pro emptore (D. 41, 4, C. 7, 26), pro donato (D. 41, 6, C. 7, 27), pro dote (D. 41, 9, C. 7, 28), pro legato (D. 41, 8), pro soluto (D. 41, 3, 46 ff.), pro transactione (C. 7, 26, 8). Sonstige Titel sind:

a. pro herede (D. 41, 5). Nach Beseitigung der usucapio improba ac lucrativa (S. 714[6]) kommt eine usucapio pro herede nur vor, wenn ein Nichterbe aus entschuldbarem Irrtum sich für den Erben hält (D. 41, 3, 33, 1) oder wenn der Erbe eine im Nachlasse vorgefundene fremde Sache als zum Nachlasse gehörig ansieht (D. 41, 5, 3); diesen Titel gibt es nach österr. Recht nicht; vgl. ABGB. §§ 1462 Abs. 2 und 547;

b. pro derelicto (D. 41, 7). Wenn jemand die vom Nichteigentümer derelinquierte Sache okkupiert, dann erwirbt er nicht sogleich deren Eigentum, da sie ja in Wahrheit nicht herrenlos ist, kann sie aber ersitzen. Auch diesen Titel kennt das österr. Recht nicht, da die §§ 1461 und 1462 ABGB. nur von einem Besitze, der sich auf einen derivativen Titel gründet, sprechen und bei freistehenden Sachen eine Ersitzung nicht notwendig ist (ABGB. § 381);

---

[12]) Nach ABGB. §§ 1455—1459 kann alles ersessen werden, was sich erwerben läßt. Unersitzbar sind Sachen und Rechte, welche unveräußerlich sind, oder welche vermöge ihrer Beschaffenheit oder nach dem Gesetze nicht besessen werden können; als solche führt das Gesetz an die Hoheitsrechte des Staatsoberhauptes, dann Personenrechte, sowie die actus mere facultatis.

c. pro suo (D. 41, 10). Unter diesen Titel werden die nicht besonders benannten Erwerbsgründe gebracht, zB. der Fruchterwerb.

β. Wer keinen Besitztitel hat, besitzt lediglich „pro possessore" (S. 646[8]) und kann nicht ersitzen. Ihm wurde anfänglich derjenige völlig gleichgestellt, der zwar entschuldbar glaubt, einen Besitztitel zu haben, dessen Titel aber in Wahrheit ungültig ist. Später aber erkannte man auch solche Erwerbsgründe als genügend an, bei denen der Ersitzende auf Grund tatsächlicher Vorgänge entschuldbar einen ungültigen Besitztitel als gültig erachtet hatte (sog. Putativtitel).[13])

3. Fides.

α. Außer dem (objektiven) Erfordernis eines Erwerbstitels bedarf es zur Ersitzung ferner eines subjektiven Moments, nämlich der bona fides, d. h. der Nichtkenntnis des Erwerbers von dem seinen sofortigen Eigentumserwerb hindernden Mangel, zB. die Unkenntnis davon, daß der Verkäufer nicht der Eigentümer der erkauften Sache ist. Den Beweis des schlechten Glaubens des Erwerbers hat der Gegner zu führen (C. 8, 44, 30); der gute Glaube wird also vermutet („quivis praesumitur bonus").[14])

---

[13]) Das darf aber nicht soweit gehen, jede gutgläubige Inbesitznahme einer Sache als hinreichende Grundlage der Ersitzung aufzufassen; denn damit wäre das Erfordernis des Titels überhaupt beseitigt. So ist es in der Tat nach deutschem BGB. Nach rR. muß aber mindestens durch Tatsachen das äußere Ansehen eines Erwerbstitels geschaffen sein; vgl. D. 41, 3, 17: Si per errorem de alienis fundis quasi de communibus iudicio communi dividundo accepto ex adiudicatione possidere coeperim, longo tempore capere possum. Ein hinreichender Putativtitel ist zB. der Kauf von einem als geschäftsfähig betrachteten Wahnsinnigen (D. 41, 4, 2, 16), die Aushändigung einer Sache als Legat durch den Erben (D. 41, 8, 9 und 41, 10, 4, 2), die Inbesitznahme in der Meinung, daß der erteilte Auftrag zum Kauf der Sache ausgeführt ist (D. 41, 4, 11). Nach ABGB. § 1461 muß der Titel zum rechtmäßigen Besitze so beschaffen sein, daß nur das Recht des Vormannes zum wirklichen Rechtserwerbe fehlt. Ein Putativtitel genügt also nicht.

[14]) Dies Erfordernis des guten Glaubens gilt auch für das ABGB. Nach § 1463 muß der Besitz redlich sein, und der gute Glaube

β. Der gute Glaube (nämlich der Glaube an die Rechtmäßigkeit des Besitzes) muß im Augenblicke des Besitzerwerbes vorhanden sein. Nur beim Kauf muß er außerdem auch schon zur Zeit des Kaufschlusses vorhanden gewesen sein[15]). Dagegen wird nach rR. die in gutem Glauben begonnene Ersitzung nicht verhindert durch die spätere Kenntnisnahme von der Unrechtmäßigkeit des Besitzes (mala fides superveniens non nocet).[16])

γ. Beim Besitzerwerbe durch Stellvertreter erlangt der Vertretene den Usukapionsbesitz (anders als den Interdiktenbesitz, S. 655[24]) erst mit Kenntnis des Erwerbs und es kommt daher auf seinen guten Glauben in diesem Augenblick an. Nur beim Erwerbe von Hausuntergebenen ex causa peculiari wird der Usukapionsbesitz sofort erlangt und der Glaube des Vertreters ist entscheidend (D. 41, 4, 2, 10 ff.). Nach österr. Recht ist bei freiwilligen Repräsentanten auf die fides des Repräsentierten zu sehen; bei einer notwendigen Repräsentanz kommt es auf die fides des Repräsentanten

---

durch die ganze Ersitzungszeit fortdauern, daher mala fides superveniens nocet (ebenso DBGB. § 937). Folgt der redliche Besitzer auf einen unredlichen Besitzer, so fängt die Ersitzung vom Tage seines Besitzes zu laufen an, und er kann sich nur die Ersitzungszeit der redlichen Vor-Vorbesitzer einrechnen. Der Besitz muß ferner echt (S. 645[7]) sein (ABGB. § 1464).

Nach rR. wird als guter Glaube nur die auf entschuldbarem Irrtum beruhende Unkenntnis betrachtet; wer aus Rechtsirrtum seinen Besitz für rechtmäßig hält, gilt daher (S. 258) nicht als gutgläubig (vgl. D. 41, 4, 2, 15, S. 713[8], und D. 41, 3, 31, pr.).

Mit der bona fides als Ersitzungserfordernis ist übrigens die besonders für das Schuldrecht wichtige bona fides im Sinn von Treu und Glauben (S. 357) nicht zu verwechseln.

[15]) D. 41, 4, 2, pr.: et bona fide emisse debet et possessionem bona fide adeptus esse. Ersitzen kann also nicht, wer wissentlich eine fremde Sache kauft, auch wenn er der Versicherung des Veräußerers bei der Übergabe, er habe inzwischen das Eigentum erworben, vertraut.

[16]) Dagegen muß nach kanon. Recht (X. 2, 26, 20, S. 325[1]) der Ersitzende bis zur Vollendung der Ersitzung gutgläubig sein (also: mala fides superveniens nocet); vgl. für das österr. und deutsche Recht Anmerkung 14.

an und ist dies hinsichtlich juristischer Personen ausdrücklich im ABGB. § 337 normiert.

4. Possessio.

*a.* Der zur Ersitzung erforderliche **Besitz** bedeutet juristischen und zwar Eigenbesitz (S. 643). Daher ersitzt nicht der Pfandgläubiger (D. 41, 3, 13, pr.), Prekarist (D. 43, 26, 15, 4) oder Sequestor (D. 41, 2, 39), da sie nicht den Willen haben, als Eigentümer (pro suo) zu besitzen, ebensowenig ein bloßer Detentor; vgl. ABGB. §§ 1462 u. 1464.[17]) In einzelnen Fällen wird jedoch eine laufende Ersitzung fortgesetzt und vollendet, auch wenn der Ersitzende den juristischen Besitz aufgibt, nämlich:

a. in den Fällen **abgeleiteten Besitzes**, besonders wenn die zu ersitzende Sache zu Pfand oder Prekarium fortgegeben wird, solange der Pfandgläubiger oder Prekarist im Besitze bleibt (D. 41, 3, 16: qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad relinquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet; ebenso D. 41, 2, 1, 15; vgl. S. 643);

b. wenn jemand **Baumaterialien**, die er im Ersitzungsbesitze hat, in sein Haus verbaut, wodurch er den besonderen Besitz an ihnen verliert (D. 41, 3, 30, 1, oben S. 658);

c. während der hereditas iacens (D. 41, 3, 40: Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est; vgl. ABGB. § 547).

---

[17]) An sich müßte der Ersitzende beweisen, daß er während der ganzen Ersitzungszeit den Eigenbesitz gehabt hatte. In der gemeinr. Praxis wurde, dem Satze „**Veränderungen werden nicht vermutet**" (S. 231) entsprechend, der Beweis des dauernden Besitzes als geführt erachtet, wenn der Besitz zu zwei verschiedenen, durch die Ersitzungszeit getrennten Zeitpunkten erwiesen war (olim possessor, hodie possessor, semper possessor). Auch für das österr. Recht ist nach der konstanten Judikatur des obersten Gerichtshofes bei der 30jährigen Ersitzung der strikte Beweis der Rechtsausübung für jedes einzelne Jahr nicht erforderlich. Vgl. auch ABGB. § 1477, wonach es bei der 30- resp. 40jährigen Ersitzungszeit der Angabe des rechtmäßigen Titels nicht bedarf. Der Gegner muß zur Verhinderung der Ersitzung die Unredlichkeit des Besitzes beweisen.

β. Was nicht besessen wird, kann nicht ersessen werden (S. 648); daher wird nicht ein Sachinbegriff (S. 205) als solcher ersessen, sondern die Ersitzungsvoraussetzungen sind für jede einzelne Sache nachzuweisen, ebensowenig werden Sachbestandteile als solche durch Ersitzung der Sache selbst ersessen[18]).

5. Tempus.

α. Beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen (1 bis 4) vollendet sich die Ersitzung nach justin. Recht (C. 7, 31, un.) durch Ablauf:

a. von 3 Jahren bei Mobilien;

b. von 10 oder 20 Jahren bei Immobilien. Die Dauer dieser Ersitzung richtet sich danach, ob beide Beteiligte die Ersitzungszeit hindurch in der gleichen Provinz (vor Justinian derselben civitas, nach Gem. Recht im gleichen Oberlandesgerichtsbezirk) wohnen (usucapio inter praesentes) oder nicht (inter absentes). Im ersteren Falle beträgt die Ersitzungszeit 10, im letzteren 20 Jahre. Wohnten die Beteiligten zeitweilig in derselben Provinz, zeitweilig in verschiedenen Provinzen, so wird die letztere Zeit bei der Berechnung der zehnjährigen Frist nur zur Hälfte angerechnet[19]). Mit dem Anfange des letzten Tages

---

[18]) Hat also jemand mit fremdem Material auf seinem Grundstück ein Gebäude errichtet, und wird dieses von einem Anderen ersessen, so kann beim Abbruch des Gebäudes der ursprüngliche Eigentümer des Baumaterials dieses vindizieren (D. 6, 1, 23, 7; 41, 1, 7, 11). Manche erblicken in dieser Vorschrift freilich nur eine Folge des Satzes, daß wegen der Unmöglichkeit der Vindikation eingebauten Materials (S. 730) dessen Ersitzung bis zur Loslösung ruht (S. 726).

[19]) Nov. 119, 8. Unerheblich ist die Lage des Grundstücks. Lebten also Eigentümer und Ersitzender 6 Jahre in derselben Provinz, so vollendet sich die Ersitzung erst in 14 Jahren. Wegen der längeren Fristen der Immobilienersitzung heißt diese in der just. Gesetzgebung diutina possessio, longo tempore capio, die Mobilienersitzung wird dagegen nunmehr als usucapio bezeichnet (zB. I. 2, 6, 12). Das österr. Recht kennt eine außerordentliche und eine ordentliche Ersitzungszeit. Erstere beträgt hinsichtlich des Besitzes beweglicher Sachen sowie unbeweglicher Sachen, oder der darauf ausgeübten Dienstbarkeiten und anderer Rechte, wenn sie auf den Namen des Besitzers grundbücherlich

der gesetzlichen Frist vollendet sich die Ersitzung (D. 44, 3, 15, pr.; anders nach österr. Rechte, nach welchem die Frist erst mit dem Ende des letzten Tages abläuft.

β. Tritt während der Ersitzungszeit eine Rechtsnachfolge ein, so kommt die Ersitzungszeit des bisherigen Besitzers dem anderen Besitzer zugute.

a. Im Falle der Universalsukzession, insbesondere also bei Erbgang, tritt der Gesamtnachfolger völlig in die condicio usucapiendi des Vorgängers ein (sog. successio in usucapionem). Hat der Erblasser also gutgläubig zu ersitzen angefangen, so wird die Ersitzung (nach rR.,

---

einverleibt sind, sechs Jahre, hinsichtlich solcher nicht intabulierten, sowie aller übrigen Rechte, vierzig Jahre. Diese außerordentliche Ersitzungszeit wird erfordert: a. wegen der Eigenschaften der Personen, gegen welche ersessen werden soll; solche sind: der Fiskus, Gemeinden, Kirchen und andere erlaubten Korporationen (ABGB. § 1472); b. wegen der Beschaffenheit des zu ersitzenden Objektes (Familien-Fideikommiß, Erbpacht-Erbzinsgut, ABGB. § 1474) und c. wegen eines Mangels in der Person des Vormannes (beim Erwerb von einem unechten oder unredlichen Besitzer, oder wenn der Besitzer seinen Vormann nicht anzugeben vermag, ABGB. § 1476).

Die letztere (ordentliche Ersitzung) beträgt drei Jahre beim Eigentumsrechte an beweglichen Sachen, dann beim Eigentumsrechte an unbeweglichen Sachen, Dienstbarkeiten und anderen an fremden Boden ausgeübten Rechten jedoch nur dann, wenn diese Rechte auf den Namen des Berechtigten grundbücherlich einverleibt sind (ABGB. §§ 1466, 1467, 1469). Dagegen wird eine dreißigjährige Ersitzungszeit erfordert: a. beim Eigentumsrechte an unbeweglichen Sachen, 1. wenn dieselben in einem Bezirke gelegen sind, in welchem noch keine öffentlichen Bücher bestehen, 2. wenn die zu ersitzende Realität keinen Gegenstand des öffentlichen Buches bildet und 3. wenn die unbewegliche Sache zwar in den öffentlichen Büchern, aber nicht auf den Namen desjenigen eingetragen ist, der sich im physischen Besitze befindet (ABGB. § 1468); b. bei Dienstbarkeiten und anderen auf fremdem Boden ausgeübten besonderen Rechten und zwar 1. dort, wo noch keine öffentlichen Bücher bestehen, oder 2. wenn diese Rechte auf den Namen des Ersitzenden den öffentlichen Büchern nicht einverleibt sind (ABGB. § 1470).

Bei Rechten, die selten ausgeübt werden können (iura discontinua), zB. bei dem Rechte, eine Pfründe zu vergeben, genügt auch der Zeitablauf von dreißig Jahren nicht. Der Ersitzende muß überdies erweisen, daß der Fall der Ausübung binnen dieser Zeit wenigstens drei Mal sich ergeben und er jedes Mal dieses Recht ausgeübt hat (ABGB. § 1471).

S. 721[16]) selbst dann vom Erben — auch während der hereditas iacens, D. 41, 3, 31, 5, S. 722) — fortgesetzt, wenn dieser beim Erwerbe der Erbschaft nicht gutgläubig ist (D. 41, 3, 43, pr.; 41, 4, 2, 19). Umgekehrt kann aber auch der gutgläubige Erbe nicht zu ersitzen anfangen, wenn der Erblasser bösgläubig war (D. 44, 3, 11), vgl. ABGB. § 1462 Satz 2.

b. Im Falle der Singularsukzession dagegen findet bloße Anrechnung der Besitzzeit des Vorgängers statt (sog. accessio possessionis, zB. kommt dem Legatar auch die Besitzzeit des Erben zugute, D. 41, 4, 2, 13, 10), während es für die sonstigen Ersitzungsvoraussetzungen auf den jedesmaligen Erwerbsfall ankommt (D. 41, 2, 17). Verkauft also ein im Ersitzungsbesitze Befindlicher die Sache, so muß (auch nach rR.) der Käufer selbst gutgläubig sein (ebenso ABGB. §§ 1460 u. 1493). Die accessio possessionis ist erst durch Justinian verallgemeinert worden (S. 717[7]).

γ. Ausnahmsweise vollendet sich die Ersitzung nicht in der regelmäßigen Ersitzungszeit. Es kann nämlich (wie bei der Verjährung, S. 329) eine Hemmung der Ersitzung mit der Wirkung eintreten, daß sie während der Dauer des Hemmungsgrundes entweder nicht zu laufen beginnt oder ruht, aber nach Beseitigung des Hindernisses fortläuft (usucapio dormiens s. quiescens). Es kann ferner eine Unterbrechung (usurpatio — von usum rapere — usucapionis, D. 41, 3, 2) der Ersitzung eintreten, mit der Wirkung, daß die Ersitzung nach Beendigung der Unterbrechung völlig von neuem beginnen muß, so daß die bisher abgelaufene Frist nicht rechnet und die Voraussetzungen der Ersitzung, besonders die Gutgläubigkeit im Augenblicke der neu beginnenden Ersitzung vorhanden sein müssen.

a. Die Ersitzung ruht, d. h. sie kann nicht beginnen und, falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt ist (S. 329), wie während der Minderjährigkeit des Eigentümers[20]),

[20]) Die alte usucapio lief selbst gegen impuberes, wenn auch mit Restitutionsmöglichkeit (D. 27, 5, 2, C. 2, 35, 1); bei der longi

während der Inventarfrist des Benefizialerben (C. 6, 30, 22, 11) und im Falle des Einbauens fremden Materials (D. 41, 1, 7, 11, S. 723[18]).

b. Die Ersitzung wird unterbrochen:

1) durch Besitzverlust (usurpatio naturalis, D. 41, 3, 5, vgl. ABGB. § 1460);

2) durch Anstellung der rei vindicatio (heute sog. usurpatio civilis) durch den Eigentümer, der bei Unmöglichkeit der Klageerhebung (zB. wegen Abwesenheit des Ersitzenden) gerichtliche Protestation gleichsteht (C. 7, 40, 2).[21])

---

temp. pr. dagegen wurde die Zeit der Minderjährigkeit des Besitzers nicht angerechnet (C. 7, 35, 2). Beide Gruppen von Vorschriften sind in die justin. Kompilation aufgenommen, so daß es zweifelhaft ist, was als justin. Recht anzusehen ist. Der in C. 2, 40, 5 zum Ausdrucke gelangten Absicht Justinians, die Minderjährigen gegen Verluste zu schützen (in omnibus casibus in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum autem restitutionem eis subveniebant, eas ipso iure non currere), entspricht es besser, die Grundsätze der longi temporis praescriptio anzuwenden.

Die Ersitzung läuft auch nicht in Ansehung des adventicium regulare der Hauskinder (C. 6, 60, 1, 2; 6, 61, 4, 3; vgl. unten § 150 b 2) und gegen eine Frau hinsichtlich der Dotalsachen erst von dem Augenblick an, in welchem die dos an sie fällt (C. 5, 12, 30; unten § 146 b 2). Für das österr. Recht vgl. ABGB. §§ 1494—1496. Danach gibt es drei Gruppen von Hemmungsgründen: I. aus der Eigenschaft gewisser Personen, gegen welche eine Ersitzung gerichtet ist. Solche sind: Minderjährige, Wahn- und Blödsinnige. Gegen dieselbe kann eine Ersitzung nicht beginnen, solange sie keine gesetzlichen Vertreter haben; die bereits begonnene Ersitzung kann erst binnen zwei Jahren, nach gehobenen Hindernissen, vollendet werden (§ 1494). II. Aus Gründen des Familienbandes kann eine Ersitzung nicht beginnen bezw. nicht fortgesetzt werden zwischen Ehegatten, solange sie in ehelicher Verbindung stehen, zwischen Eltern und Kindern sowie zwischen Vormündern und Pflegebefohlenen, Kuranden und Kuratoren (§ 1495). III. Aus der Abwesenheit in Civil- oder Kriegsdiensten oder bei gänzlichem Stillstande der Rechtspflege (§ 1496).

[21]) Vor Justinian wurde die usucapio — abgesehen vom Besitzverlust — nur durch eine symbolische Besitzstörungshandlung (surculo defrigendo, Abbrechen eines Zweiges) unterbrochen, nicht aber durch die Anstellung der rei vindicatio. Diese hatte vielmehr nur die (relative) Wirkung, daß sich der Beklagte dem Kläger gegenüber auf eine nach der Litiskontestation eingetretene Ersitzung nicht berufen konnte,

### d. Wirkung der Ersitzung.

Durch die Ersitzung erwirbt der Ersitzende ursprüngliches Eigentum. Es erlöschen also auch die an der Sache bestehenden dinglichen Rechte dritter[22]).

### e. Außerordentliche Ersitzung.

Ist die (30- oder 40jährige, S. 328) Verjährung der rei vindicatio eingetreten, so erlangt der Besitzer dadurch,

---

da für das Verhältnis zwischen den Parteien überhaupt der Zeitpunkt der Litiskontestation maßgebend ist (S. 368). Dagegen wurde die longi temporis praescriptio, da sie aus einer Klageverjährung erwachsen war, durch Klageerhebung völlig unterbrochen, also auch dann, wenn es zu keinem Urteil kam oder der Kläger aus formellen Gründen (zB. wegen Unzuständigkeit des Gerichts) abgewiesen wurde (C. 7, 33, 1). Da nun Justinian trotz der Verschmelzung beider Ersitzungsinstitute die auf beide bezüglichen Bestimmungen in die Kompilation aufgenommen hat, ist streitig, ob nach justin. Recht die Grundsätze der usucapio oder die der l. t. pr. anzuwenden seien (S. 717[7]). Da schon eine Protestation zur völligen Unterbrechung der Ersitzung genügte, ist der Klageerhebung die gleiche Kraft zuzusprechen, freilich nur, wenn sie vom Eigentümer, nicht wenn sie von einem Nichtberechtigten ausgeht. Wird der Kläger also wegen mangelnden Eigentums abgewiesen, so gilt die Unterbrechung als nicht erfolgt; wird dagegen der klagende Eigentümer aus formellen Gründen („angebrachtermaßen", zB. wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts) abgewiesen, so tritt Unterbrechung ein. Kommt es auf die Klage des Eigentümers zu keinem Urteil, bleibt der Prozeß also liegen, so beginnt zwar eine neue Ersitzung; diese erfordert aber 40 Jahre (Verjährung der Litispendenz, S. 375[9]). Für das österr. Recht vgl. ABGB. § 1497.

[22]) Auch hier bestand eine — in der Kompilation nicht ausgeglichene — Verschiedenheit zwischen usucapio und longi temporis praescriptio. Bei der usucapio blieben dingliche Rechte dritter unberührt (D. 41, 3, 44, 5; 20, 1, 1, 2), bei der l. t. pr. gingen sie, falls der Ersitzende sie nicht kannte, unter (C. 7, 36, 1 und 2). Die letztere Anschauung scheint dem Zwecke des Ersitzungsinstituts besser zu entsprechen. Vgl. über die Wirkung der Ersitzung nach österr. Rechte ABGB. §§ 1498—1500. Für die Ersitzung beweglicher Sachen oder Rechte gilt der Grundsatz „quantum possessum, tantum praescriptum" (§ 1467 a. E.); für unbewegliche Sachen ergibt sich aus dem Publizitätsprinzipe die Beschränkung, daß die Ersitzung demjenigen, welcher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher noch vor der Einverleibung des ersessenen Rechtes eine Sache oder ein Recht an sich gebracht hat, zu keinem Nachteile gereichen kann (§ 1500).

wenn nicht inzwischen Ersitzung erfolgt ist, nur eine Einrede gegen den Eigentumsanspruch des Eigentümers, nicht aber eine dingliche Klage im Falle des Besitzverlustes. Durch C. 7, 39, 8, 1 (528 n. Chr.) gewährte jedoch Justinian dem gutgläubigen Besitzer nach Ablauf der Verjährungsfrist der rei vindicatio auch eine actio in rem und schuf somit eine heute als außerordentliche Ersitzung (longissimi temporis praescriptio) bezeichnete besondere Ersitzungsart (in den Quellen praescriptio XXX vel XL annorum). Diese unterscheidet sich von der ordentlichen Ersitzung in folgenden Punkten:

1. Sie bedarf keines Titels (vgl. ABGB. § 1477).

2. Sie vollendet sich erst in 30, und wenn es sich um Sachen des Kaisers, seiner Gemahlin, des Fiskus, der Kirchen oder milden Stiftungen handelt, erst in 40 Jahren und zwar — da sie ihrem Wesen nach Klageverjährung ist — erst mit Ablauf des letzten Tages (S. 319).

3. Sie ergreift auch die der ordentlichen Ersitzung entzogenen Sachen[23]). Ausgenommen sind — abgesehen von den res extra commercium — Dotalsachen, Sachen der Minderjährigen und die bona adventicia regularia der Hauskinder, da bei diesen auch keine Verjährung der Eigentumsklage stattfindet (S. 330).[24])

---

[23]) Also insbesondere die res furtivae; gemeinrechtlich wurden jedoch auf Grund von Art. 209 der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 gestohlene Sachen als auch der außerordentlichen Ersitzung entzogen angesehen.

Streitig ist, ob die — auch bei der außerordentlichen Ersitzung erforderliche — bona fides im Gegensatze zur ordentlichen Ersitzung (S. 720[14]) — auch dann vorhanden ist, wenn der Ersitzende grob fahrlässig handelt, zB. sich in einem Rechtsirrtume befindet.

[24]) Das deutsche BGB. kennt nur eine Art der Ersitzung, die aber, da das deutsche BGB. weder Ersitzungstauglichkeit der Sache (S. 719[12]) noch einen besonderen Titel (S. 720[13]) verlangt, der außerordentlichen Ersitzung des rR. entspricht. Für das österr. Recht vgl. ABGB. §§ 1472—1477 (S. 722[17]). Zu bemerken ist noch, daß das österr. Recht auch die Folgen der Abwesenheit auf die Berechnung der ordentlichen Ersitzungszeit bei der außerordentlichen Ersitzung behandelt, ABGB. § 1475.

## § 123. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

### a. Verbindung (accessio).

Wird eine Sache (als „Nebensache", S. 208) unter Aufhebung ihrer Selbständigkeit einer anderen (der Hauptsache) eingefügt oder mit ihr verbunden, so tritt eine Änderung der Eigentumsverhältnisse ein, da Eigentum nur an selbständigen Sachen, nicht an Bestandteilen denkbar ist (S. 204). Hierbei ist zu unterscheiden:

1. Verbindung beweglicher Sachen mit unbeweglichen. Vgl. ABGB. §§ 407—412, 417—420.

Wird eine bewegliche Sache mit einer unbeweglichen dauernd (mechanisch, unten $\alpha$, oder organisch, unten $\beta$, $\gamma$) verbunden, so fällt sie, da sie hierdurch zu einem Bestandteile des Grundstücks wird, rechtsnotwendig in das Eigentum des Grundstückseigentümers, gleichgültig, ob die Verbindung absichtlich oder zufällig und durch wen sie erfolgte. Als Hauptsache gilt also stets das Grundstück.

#### α. Inaedificatio.

Im Falle des Erbauens eines Gebäudes auf fremdem Grund und Boden gilt unbedingt der Satz: superficies (hier = Bauwerk) solo cedit (D. 46, 3, 98, 8, ebenso ABGB. §§ 418, 419). Der Grundstückseigentümer wird sofort und in jedem Falle auch Eigentümer des darauf errichteten Bauwerks, sofern es nicht nur vorübergehenden Zwecken (D. 41, 1, 60) dient[1]). Der Grundstückseigentümer wird jedoch nicht ohne weiteres Eigentümer der für ein auf dem Grundstück errichtetes Gebäude verwendeten fremden Baumaterialien. Vielmehr gilt hierfür schon seit den 12 Tafeln Sonderrecht (D. 41, 1, 7, 10). Zwar soll der Eigentümer des verbauten Materials (tignum aedibus vel vineis iunctum, D. 47, 3, 1, S. 204[6]) während des Be-

[1]) Das von einem Mieter, Pächter oder Besitzer Eingebaute unterliegt dem Wegnahmerecht (ius tollendi); vgl. S. 544 und unten § 127 e 1 α. Über den Entschädigungsanspruch in sonstigen Fällen vgl. S. 735.

stehens des Baues keinenfalls eine rei vindicatio oder actio ad exhibendum anstellen und somit die Zerstörung des Gebäudes herbeiführen dürfen, vielmehr nur einen obligatorischen Anspruch auf den doppelten Wert haben (actio de tigno iuncto, S. 615[2]); aber in den Eigentumsverhältnissen wird durch das Einbauen nichts geändert, das Eigentum „ruht" nur (dominium dormiens, D. 41, 1, 7, 10, S. 684), und auch durch die Bezahlung des duplum wird nur der gutgläubige Verbauer Eigentümer, während dem schlechtgläubigen gegenüber trotz der Zahlung die rei vindicatio nach Auflösung des Baues zulässig ist (D. 6, 1, 23, 6). Über die Unverjährbarkeit dieses Anspruchs vgl. S. 326), über die Unersitzbarkeit des tignum iunctum vgl. S. 723[18]. (Vgl. ABGB. §§ 417—419.)

*β.* Satio et implantatio.

Wird ein Grundstück mit fremdem Samen bestellt, so wird dieser sofort Eigentum des Grundstückseigentümers (D. 41, 1, 9, pr.); wird es mit fremden Pflanzen bepflanzt, so tritt der Eigentumswechsel ein, sobald die Pflanzen Wurzel getrieben haben (D. 41, 1, 26, 1; vgl. ABGB. § 420).[1a])

*γ.* Erwerb nach Uferrecht.

a. Die alluvio d. h. die allmähliche Anschwemmung fällt ohne weiteres, die avulsio dagegen, d. h. das von einem Ufergrundstücke losgerissene und an ein anderes angetriebene Stück Land erst mit dem Zusammenwachsen (si arbores quas secum traxerit in eum fundum radices egerint, I. 2, 1, 21) in das Eigentum des Ufereigentümers. Der alveus derelictus (das Flußbett eines öffentlichen Flusses, der seinen Lauf dauernd geändert hat, nicht zu verwechseln mit der bloßen inundatio, D. 42, 1, 7, 6) und

---

[1a]) Bei erneuter Trennung lebt das frühere Eigentum nicht auf; D. 41, 1, 26, 1: (arbor), si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam. Der durch die Verpflanzung Geschädigte hat einen persönlichen Ausgleichungsanspruch (S. 735); die römischen Juristen geben ihm aber, falls der Erwerber ihn nicht schädigt, auch eine utilis rei vindicatio (D. 6, 1, 5, 3, unten § 127[3]).

die insula in flumine nata (die durch Emporheben des Flußbettes oder Sinken des Wasserspiegels in einem öffentlichen Flusse gebildete Insel) fallen an die Uferanlieger[2]).

b. Alluvio und avulsio gelten als bloße Vergrößerungen der Grundstücke, denen sie zuwachsen, alveus derelictus und insula nata als selbständige Grundstücke, die daher zB. einem Nießbrauch, dem das Hauptgrundstück untersteht, nicht ohne weiteres unterfallen (D. 7, 1, 9, 4).

c. Die vier Uferakzessionen gelten nicht für die hinsichtlich ihrer Grenzen amtlich festbestimmten agri limitati, sondern nur für agri arcifinii, bei denen der Fluß die Grenze bildet, D. 41, 1, 16; 43, 12, 1, 6 (S. 76[1]).[3])

2. Verbindung beweglicher Sachen miteinander (adiunctio). Vgl. ABGB. §§ 414—416 (unten Anmerkung 5).

Bei der Verbindung einer Immobilie mit einer Mobilie gilt die erstere stets als Hauptsache. Damit erledigt sich sehr einfach die Frage, wem das Eigentum an der verbundenen Sache zusteht. Bei der Verbindung von Mobilien dagegen fehlt es an einem stets entscheidenden Umstand. Mangels einer — in erster Linie in Betracht kommenden — Vereinbarung der Beteiligten ist alsdann zu unterscheiden:

α. Eine der verbundenen Sachen gilt als Hauptsache: dann erhält ihr Eigentümer das Eigentum an der zusammen-

---

[2]) I. 2, 1, 20 ff., D. 41, 1, 7, 1 ff. Über die Art der Verteilung an die einzelnen in Betracht kommenden Ufereigentümer herrscht Streit. Für den Fall, daß der Fluß zwischen parallelen Ufern fließt, ist die Teilung in der Weise zu bewirken, daß in der Mitte des Flusses eine Linie parallel den Ufern gezogen wird, auf welche von den Grenzpunkten der Ufergrundstücke Senkrechte gefällt werden. Ist diese reelle (D. 41, 1, 29) Teilung nicht in dieser Weise zu bewirken, zB. wenn der Fluß eine Ausbuchtung hat, so fällt jeder Teil des alveus derelictus und der insula nata dem nächstbelegenen Ufergrundstücke zu. Zugrunde gelegt wird dabei der höchste Wasserstand (D. 50, 16, 112).

[3]) Nach ABGB. wächst das angespülte Erdreich dem Eigentümer des Ufers zu (§ 411); bei der avulsio verliert der vorige Besitzer sein Eigentumsrecht nicht sogleich, sondern erst, wenn er es binnen Jahresfrist nicht ausübt. Es wächst dann dem Eigentümer des Ufergrundstücks zu (§ 412).

gesetzten Sache (res accessoria sequitur rem principalem).

Welche der verbundenen Sachen als die Hauptsache anzusehen ist, ergibt sich aus ihrer wirtschaftlichen Bedeutung für die zusammengesetzte Sache (D. 34, 2, 29, 1). In den Quellen wird zB. beim Einweben von Fäden (textura I. 2, 1, 26) und beim Schreiben (scriptura, I. 2, 1, 33, litterae licet aureae sint, D. 41, 1, 9, 1) ohne Rücksicht auf den Wert der Stoff als die Hauptsache angesehen, während ein hinsichtlich des Malens (pictura) bestehender Streit von Justinian dahin entschieden wurde, daß die Malerei die Hauptsache sei[4]). Beim Färben gilt die Wolle (D. 41, 1, 26, 2), beim Schiff der Kiel (D. 6, 1, 61), beim Ring der Reif (D. 10, 4, 6) als Hauptsache.

Für die rechtlichen Schicksale der einer Hauptsache eingefügten Nebensache ist noch die Art der Verbindung von Bedeutung. Erfolgt diese so innig und unlöslich, daß die zusammengesetzte Sache als Einheitssache erscheint (so besonders durch ferruminatio, Anschweißen, was die Römer nur für Eisen verstanden), so verbleibt das Eigentum der verbundenen Sache auch dann dem Eigentümer der Hauptsache, wenn die Verbindung wieder gelöst wird. Hat dagegen nur eine äußerliche, leicht lösliche Verbindung stattgefunden (so zB. beim Anfügen eines Armes an eine Statue, eines Henkels an ein Metallgefäß nicht im Metall der verbundenen Sachen, sondern durch einfache Bleilötung, sog.

---

[4]) Paulus stellt in D. 6, 1, 23, 3 das Malen dem Schreiben gleich; übereinstimmend mit Gajus (D. 41, 1, 9, 2) entscheidet dagegen Justinian in I. 2, 1, 34: nobis videtur melius esse tabulam picturae cedere: ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. Über die utilis rei vindicatio des Eigentümers der bemalten Tafel vgl. D. 41, 1, 9, 2 und unten § 127[5].

Mit der hier behandelten Frage, wer das Eigentum an der stofflichen Unterlage eines Schrift- oder Kunstwerks erhält, nicht zu verwechseln ist die Frage, wem das Urheberrecht an letzterem zusteht, d. h. das ausschließliche Recht mechanischer Vervielfältigung. Das rR. schützte den „Autor" in keiner Beziehung, obgleich die fabrikmäßige Vervielfältigung von Schriftwerken auch schon in Rom üblich war.

adplumbatio), so lebt im Falle der Trennung, die durch actio ad exhibendum erzwungen werden kann (S. 514), das frühere Eigentum wieder auf[5]).

β. Ist keine der verbundenen Sachen als Hauptsache zu betrachten, so steht die zusammengesetzte Sache im Miteigentume der bisherigen Eigentümer der Bestandteile nach Maßgabe des Werts der letzteren.

b. Vermischung. Vgl. ABGB. §§ 414—416.

Die Vermischung ist eine Vereinigung mehrerer beweglicher Sachen zu einer einheitlichen. Im Gegensatze zur Verbindung findet hierbei eine wechselseitige Durchdringung (durch Zusammenschütten oder Zusammengießen) statt. Die Vermischung flüssiger oder flüssig gemachter Stoffe pflegt man heute als confusio (nicht zu verwechseln mit der confusio im Sinne vom Zusammenfall von Rechten, S. 473), die Vermischung fester Körper als commixtio zu bezeichnen; in den Quellen werden beide Ausdrücke ohne Unterschied gebraucht.

Bei der Vermischung tritt eine Eigentumsänderung nur ein, wenn die Vermischung untrennbar ist; andernfalls kann die Vermischung durch actio ad exhibendum wieder beseitigt werden (D. 41, 1, 12, 1). Der Untrennbarkeit steht es jedoch gleich, wenn die Trennung zwar möglich, aber

---

[5]) Vgl. D. 6, 1, 23, 5. Nach manchen geht bei trennbarer Verbindung das Sondereigentum überhaupt nicht unter, vielmehr gilt nur der Eigentümer der Hauptsache, solange die Verbindung besteht, zur Vindikation der Gesamtsache für legitimiert. Das ABGB. nimmt einen anderen Standpunkt ein. Es stellt als Grundregel (§§ 414 und 415 Abs. 1) auf, daß die Vereinigung keine Änderung in den Eigentumsverhältnissen bewirkt. Jeder Eigentümer hat das Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Ist diese nicht tunlich, so wird die Sache den Teilnehmern gemein. Der schuldlose Teil hat jedoch die Wahl, ob er den Gegenstand gegen Ersatz der Verbesserung behalten oder dem anderen gegen Vergütung belassen will. Ist kein Teil schuldtragend, so steht demjenigen die Auswahl zu, dessen Anteil mehr wert ist (§ 415). Nur wenn fremde Materialien lediglich zur Ausbesserung einer Sache verwendet wurden, gilt die Regel, daß die Nebensache der Hauptsache zuwächst (§ 416).

mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde, zB. bei der Zusammenschüttung von Getreide oder Kaffeebohnen, beim Zusammengießen von Metallen.

1. Werden flüssige Stoffe untrennbar vermischt (confusio), so entsteht — sofern hierin nicht eine Spezifikation zu erblicken ist (wie bei der Herstellung eines Punsches, vgl. unten c) an der Gesamtmasse Miteigentum der Beteiligten nach Maßgabe des Werts der vermischten Mengen (I. 2, 1, 27, D. 6, 1, 3, 2 ff.).

2. Werden feste Stoffe miteinander vermengt (commixtio), so tritt — sofern die Vermischung nicht auf einer Vereinbarung der Beteiligten beruht — nach rR. nicht Miteigentum zu ideellen Teilen ein; vielmehr erhält jeder der bisherigen Eigentümer einen seinem Beitrag entsprechenden reellen Anteil an der Gesamtmasse, den er ohne actio communi dividundo durch actio ad exhibendum und sodann durch rei vindicatio geltend machen kann (I. 2, 1, 28, D. 6, 1, 5, pr.).

Für die ununterscheidbare Vermengung fremder Geldstücke mit eigenen gilt die Besonderheit, daß der Vermengende dabei Eigentümer wird (si mixti nummi essent ita ut discerni non possent), und nur obligatorisch zur Rückerstattung des Wertes verpflichtet ist. Der Geschädigte kann also keine rei vindicatio, sondern nur eine persönliche Klage (condictio sine causa bei unwissentlicher, actio furti bei wissentlicher Vermengung) anstellen (D. 46, 3, 78).

c. Verarbeitung. Vgl. ABGB. §§ 414—416.

1. Verarbeitung (specificatio, vgl. D. 41, 1, 7, 7: ex alia materia speciem aliquam facere) liegt vor, wenn durch Bearbeitung oder Verarbeitung vorhandener Stoffe ein neues Arbeitsprodukt hergestellt wird. Wann ein solches und nicht eine bloße Verbindung oder Vermischung vorliegt, läßt sich nur nach der Verkehrsauffassung für den einzelnen Fall entscheiden. Die Römer hielten zB. das Färben (D. 41, 1, 26, 2), Ausdreschen (D. 41, 1, 7, 7, vgl. jedoch I. 2, 1, 25), Beschreiben (D. 41, 1, 9, 1), Bemalen (I. 2, 1, 34) nicht für eine spezifizierende Tätigkeit,

wohl aber das Mahlen des Korns, das Pressen von Oliven und Trauben (I. 2, 1, 25).

2. Über den Eigentumserwerb am Arbeitsprodukt bestand im älteren rR. ein Schulstreit zwischen Sabinianern und Prokulianern. Erstere ließen das Eigentum am Stoffe, letztere die Arbeit entscheiden. Nach der von Justinian angenommenen Mittelmeinung erwirbt der Spezifikant das Eigentum; jedoch behält es der Stoffeigentümer, wenn die Sache in die alte Gestalt zurückgebracht werden kann (wie bei Metallarbeiten, nicht aber zB. bei Holz- oder Lederarbeiten). Bei Spezifikation aus eigenem und fremdem Materiale fällt das Eigentum stets an den Spezifikanten (I. 2, 1, 25, D. 41, 1, 7, 7).[6])

d. Ausgleichungsanspruch. Vgl. ABGB. §§ 415 und 416.

Tritt in den Fällen der Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung ein Eigentumswechsel ein, so müssen der bisherige Eigentümer und die ihre Rechte verlierenden dinglichen Berechtigten von demjenigen, dem der Nutzen der Rechtsänderung zufällt, entschädigt werden (D. 6, 1, 23, 4). Der hieraus entstehende persönliche Ausgleichungsanspruch kann sich je nach Lage des Falls als condictio sine causa oder actio furti darstellen (G. 2, 79 i. f.).

## § 124. Fruchterwerb.

a. Fructus stantes et pendentes (S. 213) sind Bestandteile der Hauptsache (fructus pendentes pars

[6]) Nach Paulus (D. 10, 4, 12, 3) hängt der Eigentumserwerb des Spezifikanten davon ab, daß er gutgläubig ist. Gemeinrechtlich wird dies Erfordernis von manchen, als dem Wesen der Spezifikation widersprechend, verworfen, indem davon ausgegangen wird, daß die durch die Spezifikation neu entstehende und zunächst herrenlose Sache dem Spezifikanten durch Okkupation zufällt (vgl. D. 41, 1, 7, 7), wobei es dann allerdings auf den guten Glauben des Spezifikanten nicht ankommen kann. Andere dagegen fassen die Zuweisung des Eigentums an den Spezifikanten als Lohn seiner schaffenden Tätigkeit auf und wollen nur die redliche Arbeit schützen. Nach österr. Rechte gelten für die Verarbeitung dieselben Grundsätze wie für die Vereinigung i. e. S. und für die Vermischung (ABGB. §§ 414—416; oben Anmerk. 5).

fundi videntur, D. 6, 1, 44); ein selbständiges Eigentum an ihnen ist vor der Trennung also nicht möglich (S. 214). Das gleiche gilt von sonstigen Erzeugnissen und Bestandteilen (partus ancillae, Tierjunge, Hühnerei, Baumast, Marmor, Kies).

b. Die von einer Sache getrennten und damit zu selbständigen Sachen werdenden Erzeugnisse fallen grundsätzlich in das Eigentum des Eigentümers der Muttersache, also nicht dessen, der die Trennung (D. 7, 1, 12, 5) oder der die Bestellung vornahm (D. 22, 1, 25, pr.: fructus non iure seminis, sed iure soli percipitur; anders nach deutschem Rechte: „wer säet, der mähet", S. 215). In diesem Falle tritt also kein Eigentumswechsel ein. Unter Umständen ist aber ein Anderer als der Eigentümer der Stammsache zur Fruchtziehung berechtigt und in diesem Falle findet ein Eigentumswechsel statt, für den nach rR. zwei Zeitpunkte in Frage kommen.

1. Schon mit der Loslösung (Separation) von der Muttersache erwerben die Früchte diejenigen Nutzungsberechtigten, die eine eigentumsähnliche Stellung haben: der Emphyteuta (D. 22, 1, 25, 1, unten § 131 c) und der bonae fidei possessor der Muttersache. Der letztere ist jedoch bei Herausgabe der Hauptsache verpflichtet, die bei ihm noch vorhandenen Früchte mit herauszugeben, wogegen er „fructus consumptos suos facit" (§ 127 d 2 α).[1])

[1]) Manche schreiben dem b. f. p. deshalb an den getrennten Früchten nur ein „schwebendes Eigentum" (S. 683) zu, daß sich erst in ein endgültiges umwandelt, wenn der b. f. p. die Früchte verbraucht oder dem Eigentümer übergibt. Andere schreiben auf Grund von D. 22, 1, 45 dem b. f. p. nur das Eigentum an den fructus industriales, nicht auch an den fructus mere naturales (S. 212) zu. Nach den Quellen ist aber anzunehmen, daß der b. f. p. (gleich dem Spezifikanten, „pro cultura et cura", I. 2, 1, 35) das Eigentum der getrennten Früchte endgültig erwirbt und nur obligatorisch zur Herausgabe der bei Anstellung der Vindikation vorhandenen Früchte verpflichtet ist; vgl. zB. D. 7, 4, 13 und 20, 1, 1, 2. Streitig ist auch, ob schon die bloße Veräußerung als Verbrauch anzusehen ist, ob die fructus exstantes ersessen werden können und ob ihre Herausgabe nur als causa rei bei Gelegenheit der Herausgabe der Sache oder auch mit selbständiger Klage verlangt werden kann.

2. Sonstige Nutzungsberechtigte erwerben die Früchte mit der Besitzergreifung (Perzeption), insbesondere der Nießbraucher[2]), der antichretische Pfandgläubiger (unten § 140 c 3) und der Pächter, dieser jedoch, weil er nach rR. nur obligatorisch berechtigt ist, nur so lange der Eigentümer des Grundstücks nicht (wenn auch vertragswidrig) Widerspruch erhebt (D. 7, 1, 13; 12, 1, 4, 1; 47, 2, 62, 8); S. 548.

c. Beim Fruchterwerb handelt es sich um neu in den Rechtsverkehr eintretende Sachen; er ist also „originär" (S. 228).

## § 125. Aneignung.

### a. Begriff.

Aneignung (occupatio) ist Eigentumserwerb an einer herrenlosen Sache durch Ergreifung des Eigenbesitzes (res nullius cedit occupanti, I. 2, 1, 12; ebenso ABGB. § 381). Sie ist eine auf die ratio naturalis

---

Der Satz „fructus consumptos suos facit" hat danach nicht die (dingliche) Bedeutung: mit dem Verbrauch der Früchte erwirbt der redliche Besitzer das Eigentum daran, was einen Widerspruch in sich selbst enthielte, sondern nur die (obligatorische) Bedeutung: für verbrauchte Früchte hat der redliche Besitzer dem Eigentümer bei der Herausgabe der Hauptsache nichts zu ersetzen.

Der b. f. p. erwirbt die Früchte auch der ersitzungsunfähigen Sachen, zB. der res furtivae (D. 41, 1, 48). Er muß auch noch zur Zeit der Separation redlich sein, obgleich für die Ersitzung (nach rR., S. 721) eine mala fides superveniens unschädlich ist (D. 41, 1, 48, 1, anders D. 22, 1, 25, 2).

Nach ABGB. § 330 erwirbt der redliche Besitzer die Früchte, d. s. die organischen Erzeugnisse einer Sache mit der Absonderung, die Nutzungen (Civilfrüchte, zB. Coupons eines Wertpapieres, Mietzins eines Hauses), wenn sie bereits fällig waren und bereits eingehoben sind. Zur Herausgabe der fructus exstantes ist nach ABGB. § 338 der redliche Besitzer nicht verpflichtet.

Der Fruchtnießer erwirbt nach ABGB. §§ 330 u. 511 das Eigentum an Naturalfrüchten ebenfalls durch Separation, an Civilfrüchten erst, wenn sie fällig und bezogen sind.

[2]) Manche lassen wegen D. 22, 1, 28, pr. bei Tierjungen auch den Nießbraucher schon mit der Geburt Eigentum erwerben.

zurückgeführte Eigentumserwerbsart (D. 41, 1, 3, pr.). Kein Erfordernis der Aneignung ist guter Glaube des Okkupanten; Eigentum erwirbt vielmehr auch, wer eine herrenlose Sache in der Meinung in Eigenbesitz nimmt, sie gehöre jemandem. Die bloße Absicht der Aneignung genügt nicht (D. 41, 1, 5, 1; S. 650[7]).

b. Gegegenstände der Aneignung

sind: Sachen, die noch nicht in den Rechtsverkehr eingetreten sind, insbesondere Naturprodukte (res quae coelo, terra, marique capiuntur, I. 2, 1, 12 ff.) und Tiere; ferner Sachen, welche der bisherige Eigentümer aufgegeben (derelinquiert) hat; endlich Sachen der Feinde[1]).

1. Tiere.

Haustiere, d. h. Tiere, die ihrer Art nach zu den zahmen gehören, unterstehen hinsichtlich des Eigentumserwerbs und -verlustes den für sonstige Sachen gegebenen Vorschriften; sie können also nur okkupiert werden, wenn sie derelinquiert sind (unten 2), nicht schon, wenn sie den animus rever-

---

[1]) Das moderne Recht, insbesondere auch das ABGB., erkennt die Aneignung nur in engen Grenzen an.

a. Fast völlig beseitigt ist die occupatio bellica, indem im Landkriege nur die zur Kriegführung verwendbaren Gegenstände (Kriegsmaterial und Staatsgut) der Beute unterliegen und auch nur dann, wenn sie dem feindlichen Staate oder dessen Soldaten gehören. Für den Seekrieg sind die Grenzen durch die Pariser Seerechtsdeklaration von 1856 etwas weiter gezogen, indem auch feindliche Privatschiffe und auf solchen geladene feindliche Waren der Wegnahme unterliegen, ferner stets die Kriegskonterbande, d. h. die zur Kriegführung dienlichen Gegenstände.

b. Von den noch nicht in den Rechtsverkehr eingetretenen Sachen sind endlich die meisten dadurch der freien Aneignung entzogen, daß für den Staat oder bestimmte Personen ausschließliche Aneignungsrechte bestehen, so hinsichtlich des ersteren die Aneignung von Kochsalz, Tabak, Salpeter und Schießpulver, hinsichtlich der letzteren für jagdbare Tiere (Jagd- und Fischereirecht) und für Naturschätze (Bergrecht, S. 686[12]).

c. Derelinquierte bewegliche Sachen können okkupiert werden (ABGB. § 386). Betreffs verlassener Grundstücke oder Gebäude vgl. § 387.

tendi verlieren (D. 41, 1, 5, 6). Besondere Vorschriften gelten nur für wilde Tiere (d. h. Nichthaustiere). Hierbei muß man unterscheiden:

*α.* Der Eigentumserwerb an wilden Tieren geschieht durch Freiheitsberaubung und im Wege der Aneignung. So lange sie sich in ihrer natürlichen Freiheit befinden, sind sie herrenlos (vgl. jedoch D. 41, 1, 55, oben S. 650[7]); den einzelnen eingefangenen Tieren stehen jedoch Tiere in Tiergärten und Fische in Teichen und anderen geschlossenen Privatgewässern gleich.

Das rR. kannte kein Jagdrecht[2]). Wer auf fremdem Grund und Boden jagt, kann wegen Besitz- oder Eigentumsstörung mit dem interdictum uti possidetis oder der actio negatoria oder wegen Eingriffs mit der actio iniuriarum (S. 633[14]) belangt werden; der „Wilddieb" wird aber nach rR. jedenfalls Eigentümer des von ihm Erlegten[3]).

*β.* Hinsichtlich des Eigentumsverlustes unterscheidet das rR.:

a. Gefangene, d. h. nur physisch beherrschte wilde Tiere werden herrenlos und unterliegen damit wieder der freien Aneignung, falls sie die Freiheit wieder erlangen, sofern der Eigentümer das Tier nicht sofort verfolgt oder die Verfolgung aufgibt (ebenso ABGB. § 383).

b. Gezähmte, d. h. physisch beherrschte wilde Tiere

---

[2]) Aus einigen Quellenstellen (D. 7, 1, 9, 5 und 62, pr.; 22, 1, 26), in denen die Jagd auf den hierzu bestimmten Grundstücken als Einnahmequelle bezeichnet wird, folgern manche (Wächter), daß auch den Römern schon ein ausschließliches Aneignungsrecht des Grundstückseigentümers oder Nutznießers bekannt war.

[3]) D. 41, 1, 3, 1: Ne interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno. plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur. Anders nach ABGB. § 383 (vgl. § 174 II g. StGB.): der Wilddieb wird nicht Eigentümer, weil er durch die Besitzergreifung das ausschließliche Aneignungsrecht des Jagdberechtigten verletzt. Ob der Jagdberechtigte im Wege einer sog. unfreiwilligen Stellvertretung des Wilderers unmittelbarer Eigentümer des Erlegten wird oder erst durch Aneignung, ist streitig.

fallen dagegen nicht schon durch die Erlangung der Freiheit, sondern erst dann wieder der freien Aneignung anheim, wenn sie die consuetudo revertendi ablegen (D. 41, 1, 3 ff.; nach ABGB. § 384, wenn sie 42 Tage von selbst ausgeblieben sind). Dies gilt auch für Tauben (D. 41, 1, 5, 5). Am ausziehenden Bienenschwarm (examen) dagegen bleibt das Eigentum solange erhalten „donec in conspectu tuo est nec difficilis eius persecutio est: alioquin occupantis fit" (I. 2, 1, 14, D. 41, 1, 5, 2).[4])

2. Res derelictae.

Eine Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer, in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt, also animo et corpore. Die Dereliktion ist ein Rechtsgeschäft; Geschäftsunfähige können also nicht derelinquieren. Bloßes Verlieren (S. 741) und das Auswerfen von Sachen im Falle der Seenot[5]) gilt nicht als Dereliktion. Über den iactus missilium vgl. S. 710, über die Inbesitznahme vernachlässigter Grundstücke S. 704[6].

3. Feindessachen.

*a.* Das eroberte Land wird ager publicus populi Romani (S. 76). Die von den Soldaten den Feinden als Beute abgenommenen Mobilien werden ebenfalls Staatseigentum und sind an den Befehlshaber zwecks Verteilung unter die Soldaten oder zur Versteigerung für den Fiskus

---

[4]) Nach ABGB. § 384 wird ein Bienenschwarm dann okkupationsfähig, wenn der Eigentümer des Mutterstockes den Schwarm durch zwei Tage nicht verfolgt hat, während nach deutschem Rechte die Biene als „wilder Wurm" galt und daher der ausziehende Bienenschwarm ohne weiteres der freien Aneignung unterlag.

[5]) I. 2, 1, 48: Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa eiciuntur. hae enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo eici, quo quis ea habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maris effugiat: qua de causa si quis eas fluctibus expulsas vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit; vgl. D. 41, 7, 7: „große Haverei", S. 571[10]. Das gleiche gilt für den Schiffbruch: quoniam non est in derelicto, sed in deperdito, D. 41, 2, 21, 1.

(S. 703) abzuliefern (D. 49, 15, 20, 1; vgl. Dienstreglement für das k. u. k. Heer vom 9. August 1874, II. Teil, Abs. 393). Als erbeutet gilt eine Sache jedoch erst, wenn sie in Sicherheit (intra praesidia, D. 49, 15, 5, 1) gebracht ist.

β. Befinden sich dagegen beim Ausbruch eines Krieges Vermögensobjekte der Feinde in Händen römischer Bürger, so können sie als herrenlos von den Besitzern okkupiert werden (D. 41, 1, 51, 1). Als Feinde gelten übrigens nicht nur die Völker, mit denen Kriegszustand besteht, sondern schon alle diejenigen, mit denen nicht foedus oder amicitia besteht. Gerechterweise erkennen die Römer auch den Feinden die Befugnis zu (D. 49, 15, 5), die in ihrem Besitze befindlichen oder eroberten Sachen römischer Bürger sich anzueignen[6]).

γ. Was einmal Gegenstand der occupatio bellica geworden ist, tritt in die frühere Rechtsstellung auch dadurch nicht zurück, daß es dem Eroberer wieder abgenommen wird. Nur für bestimmte Gegenstände gilt das ius postliminii, d. h. an ihnen leben im Falle der Rückeroberung die früheren Rechte wieder auf. Das postliminium gilt für Sklaven, Grundstücke, Kriegs- und Frachtschiffe, Pferde und Maultiere, nicht aber für Waffen (quippe nec sine flagitio amittuntur, D. 49, 15, 2, 2). Über die capitis diminutio maxima der Gefangenen, die Rechtsstellung der aus der Gefangenschaft zurückkehrenden Römer und die redemptio ab hoste vgl. oben S. 166[1], 174.

## § 126. Fund und Schatz.

a. Fund. Vgl. ABGB. §§ 385—397.

1. Finden ist das Inbesitznehmen einer von einem Anderen verlorenen beweglichen Sache. Beim Fund besteht also im Gegensatze zur Aneignung (S. 737) sowie zum

---

[6]) D. 49, 15, C. 8, 50: De captivis et de postliminio et redemptis ab hostibus.

Schatz (S. 742) das Eigentum eines Anderen; daher ist von einem sofortigen Eigentumserwerb seitens des Finders nach rR.[1]) nicht die Rede (D. 6, 1, 67).

2. Ein Finderlohn (*εὑρετρα*, D. 47, 2, 43, 9) ist dem Finder nach rR. versagt[2]). Er hat nur als negotiorum gestor Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen.

b. Schatz. Vgl. ABGB. §§ 398—401.

1. Schatz ist eine bewegliche Sache, die so lange in einer anderen — beweglichen oder unbeweglichen — Sache verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (D. 41, 1, 31, 1: The[n]saurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat; vgl. ABGB. § 398).

2. Der Schatz wird im Gegensatze zum Fund als herrenlos behandelt; er fällt daher sofort dem Finder zu (nach manchen dem bloßen Entdecker, auch ohne Besitzergreifung), falls ihn dieser aber in einer fremden Sache findet, nur zur ideellen Hälfte, während die andere Hälfte dem Sacheigentümer (bei res publicae und religiosae dem Fiskus, D. 49, 14, 3, 10 u. 11) gebührt (nach ABGB. § 399 und Hfkzld. vom 16. Juni 1846, JGS. Nr. 970 wird der Schatz zwischen dem Finder und dem Eigentümer des Grundes zu gleichen Teilen geteilt). Wer jedoch ohne Erlaubnis des Sacheigentümers oder unter Anwendung von Zaubermitteln nach Schätzen sucht, erwirbt das Gefundene nicht; vielmehr erhält es in ersterem Falle der Eigentümer, in letzterem der Fiskus (vgl. I, 2, 1, 39, D. 41, 1, 63, C. 10, 15, 1 und ABGB. § 400).

---

[1]) Nach ABGB. § 392 erlangt der Finder das Eigentumsrecht erst nach Ablauf der Verjährungsfrist; nach Jahresfrist wird sie ihm jedoch zur Benutzung übergeben.

[2]) Der Finderlohn beträgt nach ABGB. § 391 10% des gemeinen Wertes; wenn aber die 10prozentige Belohnung 1000 Gulden (2000 K.) übersteigen würde, so wird sie in Rücksicht des Übermaßes nur mit 5% ausgemessen.

## Ansprüche aus dem Eigentum.

### § 127. Rei vindicatio.

a. Die Rechtsschutzmittel des Eigentümers.

Dem Eigentümer sind zum Schutze seines Eigentums gegen Entziehung oder Störung verschiedene Rechtsbehelfe gewährt.

1. Einige derselben stehen ihm kraft seines Eigentums zu. Dazu gehört der Anspruch wegen Vorenthaltung (rei vindicatio, s. u.) und wegen Störung des Eigentums (actio negatoria, unten § 128).

Andere Rechtsbehelfe bauen sich auf sein Recht zum Besitz (actio Publiciana, unten § 129) oder auf der bloßen Tatsache des Besitzes auf (die Besitzinterdikte usw.). Die letzteren Rechtsbehelfe sind possessorischer Natur (auf den Besitz gestützt), die drei erstgenannten petitorischer Natur (auf das Recht gestützt).

2. Außer diesen Schutzmitteln sachenrechtlicher Art kann sich der Eigentümer unter Umständen auch gewisser obligatorischer Rechtsbehelfe bedienen, so der actio depositi, commodati, locati, wenn er seine Sache bei einem Anderen hinterlegt, ihm geliehen oder vermietet hat, der actio furti gegen den Dieb, der actio ad exhibendum zur Vorbereitung der rei vindicatio (S. 615). Nur haben die sachenrechtlichen Ansprüche als in rem gerichtet absolute Wirkung gegen alle, während die obligatorischen Ansprüche sich grundsätzlich nur gegen bestimmte Personen richten (S. 394). Unter mehreren ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen hat der Eigentümer die Wahl; er wird denjenigen wählen, der ihn am einfachsten zum Ziele führt, zB. vielfach die Publiciana der rei vindicatio vorziehen (unten § 129).

b. Voraussetzungen der rei vindicatio[1]).

Die rei vindicatio ist die Klage des nicht besitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer.

[1]) D. 6, 1, C. 3, 32: De rei vindicatione. In den Quellen heißt die r. v. meist in rem actio oder specialis in rem actio im Gegensatze zur hereditatis petitio, der dinglichen Universalklage.

1. **Kläger** ist in der Regel der nicht besitzende Eigentümer.

*α.* Zur Begründung der r. v. muß der Kläger hiernach sein Eigentum behaupten und im Falle des Bestreitens des Beklagten beweisen[2]). Im Fall eines derivativen Eigentumserwerbs ist dieser Beweis schwer zu führen (D. 41, 1, 20, pr., probatio diabolica, S. 705); der Eigentümer wird in solchem Falle statt der r. v. oder mindestens „eventuell" lieber die Publiciana anstellen (unten § 129). Denn mißlingt ihm bei Anstellung der r. v. der volle Beweis des Eigentums, so wird er abgewiesen und der Beklagte behält die Sache, „actore non probante reus absolvitur" (S. 360), daher „melior est causa possidentis", „beati possidentes" (S. 643).

Ein Miteigentümer kann eine r. v. nur in Ansehung seines Bruchteils anstellen (partem petere, D. 6, 1, 35, 3; vgl. ABGB. § 827).

*β.* Wird dem **besitzenden** Eigentümer die Sache von einem Detentor vorenthalten, so kann der Eigentümer seine Sache regelmäßig durch einfachere Rechtsbehelfe possessorischer (int. uti possidetis, utrubi) oder obligatorischer Natur (actio locati, depositi) zurückerhalten. Er ist aber auch

---

[2]) In einem Falle ist der Kläger des Beweises seines Eigentums überhoben. **Leugnet** der Beklagte nämlich, die Sache hinter sich zu haben und wird ihm dies bewiesen, so wird ihm zur Strafe seines grundlosen Leugnens (durch ein interdictum „Quem fundum" — sc. „L. Titius te petiit, illi restituas" —) die Sache entzogen und auf den Kläger übertragen, so daß der bisherige Besitzer nunmehr die ungünstigere Rolle des Klägers übernehmen muß (D. 6, 1, 80, ebenso ABGB. § 376). Über den Gegenstand des Beweises im Eigentumsprozesse nach österr. Rechte vgl. ABGB. §§ 369—371.

Nach rR. galt der Grundsatz: ubi rem meam invenio, ibi eam vindico; der r. v. unterlag jeder Besitzer einer nicht vom Eigentümer erworbenen Sache bis zur Ersitzung. Von diesem Grundsatze hat das ABGB. (ähnlich das deutsche BGB.) aus Rücksichten für die Sicherheit des Verkehrs, dem älteren deutschen Rechte sich anschließend, im § 367 wichtige Ausnahmefälle statuiert, in denen trotz Mangels des Eigentums des Übergebers, Eigentum erworben wird und daher die Eigentumsklage nicht statt hat.

zur Anstellung der r. v. berechtigt (ebenso ABGB. § 366).[3])

2. Beklagter ist in der Regel der besitzende Nichteigentümer. Die r. v. richtet sich jedoch unter Umständen auch gegen nicht besitzende Nichteigentümer.

α. Die r. v. ist an sich auch gegen einen bloßen Detentor zulässig[4]), mag er im Namen des Klägers (1 β) oder eines Dritten detinieren; im letzteren Falle kann der Beklagte jedoch nach einer Verordnung Konstantins bei Immobilien sich durch Benennung des Dritten (laudatio s. nominatio auctoris) von dem Prozeß befreien (C. 3, 19, 2; ähnlich heute ABGB. § 375, CPO. §§ 22—24).

β. Unter Umständen kann die r. v. gegen jemanden angestellt werden, der weder Besitzer noch Detentor ist, vom Recht vielmehr als Besitzer nur fingiert wird. Als fictus possessor wird behandelt:

a. qui dolo desiit possidere, d. h. (nach einem ursprünglich nur für die hereditatis petitio bestimmten SC. Iuventianum, D. 6, 1, 27, 3) wer eine fremde Sache in Kenntnis oder grobfahrlässiger Unkenntnis seines Nichteigentums vor dem Prozeßbeginn veräußert oder vernichtet (D. 50, 17, 131); ein späterer Besitzverlust ist für die

---

[3]) Auf die r. v. des besitzenden, aber nicht innehabenden Eigentümers (vgl. zB. D. 7, 9, 7, pr.) beziehen die meisten den berühmten „unus casus" in I. 4, 6, 2: sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes optinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit (S. 132[1]). Dernburg bezieht den unus casus überhaupt nicht auf die Eigentumsklage, sondern auf die an derselben Stelle behandelte actio negatoria.

[4]) D. 6, 1, 9: quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi (d. h. die r. v. gehe nur gegen den juristischen Besitzer). denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

Verpflichtung des Beklagten überhaupt bedeutungslos (ähnlich ABGB. § 378);

b. qui liti se optulit, d. h. wer sich fälschlich als Besitzer ausgibt und auf den Eigentumsprozeß einläßt (D. 6, 1, 25, vgl. ABGB. § 377).

In beiden Fällen handelt es sich um einen in die Form der Vindikation gekleideten Deliktsanspruch (pro possessione dolus est, D. 6, 1, 36). Daher haften die Erben des fictus possessor nur auf die Bereicherung (D. 6, 1, 52), wie gegenüber sonstigen Deliktsansprüchen (S. 374[8]). Der Kläger behält ferner, auch wenn er vom fictus possessor den Sachwert erstattet erhalten hat, die Vindikation gegen den wirklichen Besitzer (D. 6, 1, 7). Erlangt er dagegen umgekehrt vor Beendigung des Prozesses gegen den fictus possessor die Sache wieder, so entfällt der Anspruch gegen den fictus possessor (D. 5, 3, 13, 14).

γ. Ausnahmsweise wird eine utilis rei vindicatio einem Nichteigentümer gegen den Eigentümer zugesprochen. In Wahrheit ist dies keine auf schon vorhandenes Eigentum gestützte Klage, wie die rei vindicatio, sondern ein auf Erlangung oder Wiedererlangung von Eigentum gerichteter persönlicher Anspruch, dem durch die positive Gesetzgebung die Wirksamkeit eines dinglichen (auch gegen dritte wirksamen) Anspruchs beigelegt ist[5]).

---

[5]) Eine solche utilis rei vindicatio hat:

a. der frühere Eigentümer einer durch Bemalung in das Eigentum des Malers übergegangenen Tafel, falls der letztere nicht ihren Wert ersetzt (S. 732, vgl. I. 2, 1, 34);

b. wer eine Sache unter der Auflage der Unterhaltsgewährung verschenkt, bei Nichterfüllung der Auflage (C. 8, 54, 1);

c. die Ehefrau nach Auflösung der Ehe hinsichtlich der — mit der Eheschließung in das Eigentum des Mannes übergegangenen — Dotalsachen (unten § 146[13], C. 5, 12, 30).

Ferner wird in einigen Fällen eine bezüglich einer Sache bestehende rei vindicatio als utilis r. v. auf das an ihre Stelle Getretene gewährt (snrrogatum sapit naturam eius, cui surrogatur, S. 208), so dem Ehegatten gegen den (nichtig, S. 538) beschenkten anderen Ehegatten auf das für das geschenkte Geld Angeschaffte (D. 24, 1, 35), dem Soldaten und den Mündeln auf Herausgabe des mit ihrem Geld

c. Gegenstand der rei vindicatio.

Die r. v. kann nur auf eine selbständige, einzelne Sache oder auf einen bestimmten Bruchteil einer solchen, bei Grundstücken auf einen reellen Teil gehen (D. 6, 1, 6 und 8). Ist eine Sache mit einer anderen verbunden, dann muß der Besitzer zunächst durch eine actio ad exhibendum zur Auflösung dieser Verbindung gezwungen werden, was jedoch für Baumaterial ausgeschlossen ist (D. 6, 1, 23, 5; 10, 4, 6); vgl. oben S. 615[2]. Ausnahmsweise wird zur Erleichterung der Rechtsverfolgung eine vindicatio gregis (oben S. 205, streitig, ob auch sonstiger Sachgesamtheiten) und eine vindicatio incertae partis (D. 6, 1, 76, 1) zugelassen.

d. Umfang der rei vindicatio.

1. Das Ziel (petītum) der r. v. ist in erster Linie die Herausgabe der Sache selbst mit allen etwaigen Pertinenzen (D. 50, 16, 246, 1); und zwar hat der redliche Besitzer bewegliche Sachen dort zu restituieren, wo sie sich befinden (jedoch kann der Kläger die Herausgabe am Klageorte verlangen, wenn er Gefahr und Kosten des Transports übernimmt), während der unredliche Besitzer sie an den Ort, an dem er den Besitz erlangte, und wenn er sie nach Prozeßbeginn vom Klageorte fortbrachte, an diesen Ort auf seine Kosten und Gefahr zurück zu liefern hat (D. 6, 1, 10 bis 12).

2. Die r. v. beschränkt sich aber nicht auf die Herausgabe der Sache selbst. Vielmehr muß diese cum omni causa, d. h. mit gewissen Früchten und sonstigen Akzessionen (Alluvion, Schatzhälfte, partus ancillae) herausgegeben werden. Ferner haftet der Herausgebende in gewisser Weise, falls er die Sache nur beschädigt herausgeben kann[6]). In beiden

---

Angeschafften gegen jeden Dritten und gegen den Vormund (C. 3, 32, 8, D. 26, 9, 2, C. 5, 51, 3).

[6]) Diese Nebenansprüche wegen Nutzungen und Schäden können mit der rei vindicatio verfolgt werden (D. 6, 1, 13 ff.). Ist die Sache dagegen vor der Rechtshängigkeit völlig untergegangen oder

Beziehungen werden im rR. (ähnlich auch ABGB. §§ 329 bis 336 und 338) zwei Umstände in Betracht gezogen: einmal wird unterschieden, ob der Herausgebende redlich oder unredlich ist; anderseits wird der Besitz bis zur Rechtshängigkeit der r. v. anders behandelt als der Besitz nach derselben[7]).

α. Nutzungen.

a. Der malae fidei possessor haftet:

1) vor der Rechtshängigkeit (litis contestatio) auf Herausgabe der fructus exstantes und Ersatz der fructus percepti und percipiendi (praedo fructus suos non facit: D. 5, 3, 40, 1);

2) nach der litis contestatio außerdem auch für diejenigen Früchte, die der Kläger hätte ziehen können, selbst

---

veräußert, so kann mit der r. v. nur gegen den, qui dolo desiit possidere (S. 745), nicht aber gegen sonstige unredliche oder gegen gutgläubige Besitzer vorgegangen werden. Vielmehr ist in diesen Fällen nur ein persönlicher Anspruch gegeben.

a. Gegen den bonae fidei possessor, der die Sache vor der Litiskontestation der r. v. veräußert, ist hiernach nur eine persönliche Klage auf die Bereicherung (condictio sine causa oder actio negotiorum gestorum) möglich, falls die Sache später untergeht und daher nicht vindiziert werden kann. Vgl. D. 3, 5, 48; 12, 1, 23; 19, 1, 30, pr.

b. Gegen den malae fidei possessor, bei dem die Sache untergeht, ist ein Interesseanspruch gegeben, wenn er den Untergang verschuldet.

Geht die Sache nach der Litiskontestation unter, so tritt an die Stelle der Herausgabepflicht die Leistung des Interesses und zwar haftet (wie im Falle der Verschlechterung, oben 2 β) der schlechtgläubige Besitzer auch für zufälligen, der gutgläubige nur für verschuldeten Untergang (vgl. ABGB. § 338).

[7]) Die mehrfache (jedoch nicht völlige!) Gleichstellung des gutgläubigen Besitzers nach der Rechtshängigkeit mit dem bösgläubigen Besitzer vor der Rechtshängigkeit drücken die Quellen gelegentlich der hereditatis petitio (D. 5, 3, 25, 7) dahin aus: „post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse". Jedoch Paulus stellt dem praedo den bonae fidei possessor gegenüber und sagt ausdrücklich von letzterem „nec enim debet indefensum ius suum relinquere", D. 5, 3, 40 (vgl. ABGB. § 338).

wenn also den Beklagten nicht der Vorwurf schuldhafter Unterlassung trifft (fructus ex persona domini percipiendi, D. 6, 1, 62, 1).

b. Der bonae fidei possessor haftet:

1) vor der litis contestatio nur für fructus existantes, während er „fructus consumptos suos facit" (S. 736);

2) nach der litis contestatio wie ein malae fidei possessor vor derselben (I. 4, 17, 2).

β. Schäden.

a. Der malae fidei possessor haftet bei Verschlechterung der herauszugebenden Sache auf Schadensersatz und zwar:

1) vor der litis contestatio, sofern ihn auch nur levis culpa trifft;

2) nach der litis contestatio auch für Zufall, sofern er nicht nachweist, daß der Zufall auch bei rechtzeitiger Herausgabe den Kläger getroffen haben würde, zB. daß dieser den Streitgegenstand vor Eintritt des Schadens nicht veräußert haben würde (D. 6, 1, 15, 3, sog. casus mixtus, S. 426). Der deliktsmäßige Besitzer (fur und violentus possessor) haftet von vornherein für jeden casus (sog. casus merus).

b. Der bonae fidei possessor haftet:

1) für die vor der litis contestatio eingetretenen Schäden auch bei Verschulden nicht (D. 5, 3, 31, 3: quia quasi suam rem neglexit);

2) nach der litis contestatio für alle durch sein Verschulden herbeigeführten Schäden, nicht aber für casus mixtus (D. 6, 1, 45; nach ABGB. § 338 auch für diesen dann, wenn er die Zurückgabe durch einen mutwilligen Rechtsstreit verzögert hat).

e. Einwendungen des Beklagten.

1. Verwendungen.

α. Der zur Herausgabe einer Sache verpflichtete Besitzer kann vom Vindikanten in gewissem Umfang Ersatz der

auf die Sache gemachten Verwendungen (impensae, zB. Reparatur- oder Futterkosten) beanspruchen.

a. Impensae necessariae, d. h. die zur Erhaltung der Sache oder Abwendung einer Wertverminderung erforderlichen Aufwendungen (D. 50, 16, 79: quae si facta non sint, res aut peritura aut deterior futura sit) kann jeder, auch der unredliche Besitzer erstattet verlangen, nur nicht der Dieb (D. 13, 1, 13, C. 8, 51, 1; vgl. ABGB. §§ 331 und 336).

b. Impensae utiles, d. h. die nicht zur Verhinderung eines Wertverlustes, sondern zur Erhöhung des Ertrages oder des Werts der Sache gemachten Verwendungen werden nur dem redlichen Besitzer ersetzt unter Abrechnung der von ihm konsumierten, also ihm verbleibenden (S. 748) Früchte (D. 6, 1, 48); der unredliche hat nur ein Wegnahmerecht (ius tollendi), das aber nur salva rerum substantia und nicht in schikanöser Weise ausgeübt werden darf (D. 6, 1, 38: neque malitiis indulgendum est, S. 336; vgl. ABGB. §§ 331 und 336).

c. Für impensae voluptuariae (Luxusausgaben, „quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent", D. 50, 16, 79) hat auch der redliche Besitzer nur ein ius tollendi (vgl. ABGB. §§ 332 und 336).

β. Zur Durchsetzung des Verwendungsanspruchs hat der Ersatzberechtigte nach rR. kein Klagerecht, vielmehr kann er die Erstattung nur durch Zurückhaltung der Sache erzwingen, indem er die rei vindicatio des Eigentümers bis zur Erstattung durch exceptio doli (generalis, S. 363[6]) zurück zu weisen befugt ist (D. 6, 1, 48). Nach ABGB. (§§ 334, 471) ist dieses Retentionsrecht aufgehoben. Diese Ansprüche können aber mit der actio de in rem verso (ABGB. §§ 1041, 1042) geltend gemacht werden.

2. Recht zum Besitze.

Der auf Herausgabe der Sache beklagte Besitzer kann dem Eigentumsanspruche — abgesehen von den allgemeinen Einreden, zB. der Verjährung, der rechtskräftig entschiedenen Sache — den Einwand entgegensetzen (ebenso ABGB. § 367), daß er zum Besitze berechtigt sei, sei es:

*α.* auf Grund eines dinglichen Rechts (zB. Nießbrauch, Pfandrecht);[8]) oder

*β.* auf Grund eines persönlichen Rechts, das ihm gegenüber dem Kläger zusteht[9]). Hierher gehört vor allem die exceptio rei venditae et traditae (D. 21, 3), eine Unterart der exceptio doli. Sie ist im justin. Recht nach Beseitigung der Unterscheidung von res mancipi und nec mancipi (S. 681) besonders für die Fälle der Konvaleszenz (S. 310[1]) von praktischer Bedeutung[10]), zB. wenn jemand eine fremde Sache veräußert und übergeben hat und sie auf Grund des später, zB. durch Beerbung des Eigentümers, an ihn gediehenen Eigentums vindiziert (D. 21, 3, 1, pr.: si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas) oder wenn umgekehrt der Eigentümer der Sache Erbe des Veräußerers geworden ist (D. 21, 3, 1, 1: si dominus fundi heres venditori existat; ebenso ABGB. § 366 i. f.). Die Einrede geht aktiv und passiv auf Erben und Sondernachfolger über (D. 21, 3, 3). Sie kann auch als replicatio gegen die exceptio dominii geltend gemacht werden (D. 6, 1, 72).

### f. Verfahren bei der rei vindicatio.

#### 1. Legisaktionenverfahren.

Ursprünglich erfolgte die rei vindicatio im Verfahren der legis actio per sacramentum im Wege eines Scheinkampfes um die Sache zur formellen Feststellung der beiderseitigen Ansprüche. Mobilien wurden zu diesem Zwecke vor Gericht gebracht (in iure manum conserere). Für

---

[8]) Nach Justinians Nov. 18 c. 10 kann der Beklagte, wenn er das Eigentum des Klägers bestreitet, sich nach erbrachtem Beweise auf ein ihm vom Kläger bestelltes dingliches Recht nicht berufen, muß vielmehr (eine poena temere litigantis) die Sache zunächst herausgeben und sein Recht als Kläger verfolgen.

[9]) Der Mieter und Pächter kann jedoch nach rR. ohne weiteres entsetzt werden (S. 662[7]); vgl. ABGB. § 1120.

[10]) Vgl. aber zB. noch D. 23, 3, 7, 3 a. E. (keine Vindikation der unter einer Suspensivbedingung übergebenen Sache, solange die Bedingung noch nicht eingetreten ist).

Immobilien fand anfänglich ein „Lokaltermin" auf dem Grundstücke selbst statt; später kamen die Parteien vor dem Prätor zusammen, forderten sich vor diesem auf, zu dem Grundstücke zu gehen (ex iure manum consertum vocare), nahmen hier vor Zeugen (superstites) den Scheinkampf vor und vollzogen die Vindikation vor Gericht an einer mitgebrachten Scholle. Später fiel der erste Termin vor dem Prätor fort; die Parteien begaben sich zunächst auf das Grundstück, von welchem die eine die andere mit scheinbarer Gewalt fortführte (das ist vermutlich die von Cicero in den Reden pro Caecina und pro Tullio erwähnte deductio quae moribus fit; ex conventu vim fieri). In dem nunmehr stattfindenden Termine vor dem Prätor fand nur noch ein symbolisches Hingehen zu dem Grundstücke statt, indem der Prätor die auf seinen Befehl sich zum Gehen wendenden Parteien sofort zurückrief (inite viam, redite viam). In der Kaiserzeit fiel auch diese Form fort; die Vindikation wurde für Immobilien an einer Erdscholle oder einem sonstigen Grundstücksteile vorgenommen.

Nachdem die formelle Vindikation und Kontravindikation stattgefunden hat (Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam. Sicut dixi, ecce tibi vindictam inposui), wird zur Bestellung des sacramentum (S. 159) geschritten und der Prätor weist einer der beiden Parteien den Besitz der streitigen Sache für die Dauer des Prozesses zu (vindicias dicere, vgl. S. 95). Diese Partei hat dann dem Gegner (nicht wie hinsichtlich des sacramentum dem Prätor) Sicherheit (praedes litis et vindiciarum, für die Rückgewähr der Sache nebst den Früchten im Fall ihres Unterliegens zu stellen. Alsdann fand mit der litis contestatio der Abschluß des Verfahrens in iure statt und es begann das Verfahren in iudicio, für welches das Zentumviralgericht zuständig war[11]).

---

[11]) Vgl. die Schilderung des Verfahrens der legisactio sacramento in rem in G. 4, 16 u. 17.

2. Formularverfahren.

α. In der ersten Zeit des Formularverfahrens bestand — falls nicht das immer noch zulässige Verfahren der legis actio sacramento in rem gewählt wurde — keine besondere Formel für die rei vindicatio. Vielmehr mußte der Umweg des Sponsionsverfahrens beschritten werden, indem der Beklagte dem Kläger für den Fall, daß dieser der Eigentümer der streitigen Sache sei, eine Summe in Stipulationsform versprechen mußte. Diese Summe wurde dann mit einer actio in personam eingeklagt. Sie war aber nur eine sponsio praeiudicialis, d. h. sie stellte nicht das Geldinteresse des Klägers an der Herausgabe der Sache dar, sondern sollte nur ermöglichen, daß der iudex über die Frage, ob Kläger Eigentümer der Sache sei, eine Feststellung treffe. Da nämlich der Beklagte sich zur Zahlung nur unter der Bedingung verpflichtet hatte, daß Kläger Eigentümer der Sache wäre, mußte der iudex, um zu einer Entscheidung zu kommen, zunächst feststellen, wer Eigentümer wäre. In der Abweisung des Antrags auf Zahlung der sponsio lag daher mittelbar die Entscheidung, daß der Beklagte Eigentümer sei, in der Verurteilung des Beklagten zur Zahlung mittelbar die Entscheidung, daß der Kläger Eigentümer sei. Da hiernach das ganze Verfahren nur die Bedeutung eines Feststellungsprozesses hatte, wurde die stipulierte Summe gar nicht gezahlt. Wollte der Kläger für den Fall seines Obsiegens sein Geldinteresse an der Herausgabe geltend machen, so mußte er, wie im Sakramentsprozesse — dem das Sponsionsverfahren überhaupt nachgebildet ist —, eine besondere stipulatio pro praede litis et vindiciarum verlangen[12]).

β. Neben das Sakraments- und das Sponsionsverfahren und später ganz an deren Stelle trat — zuerst für das Eigentum von Peregrinen und an Provinzialgrundstücken — nach Bildung einer besonderen Formel (oben S. 352[10]) das Verfahren per formulam petitoriam, in welchem ohne den Umweg einer Entscheidung über sacramentum oder

[12]) Vgl. G. 4, 93 u. 94.

sponsio unmittelbar darüber entschieden wird, ob dem Kläger das von ihm beanspruchte Eigentum zusteht. Hierbei hat der beklagte Besitzer durch cautio iudicatum solvi[13]) für die Zahlung der Summe, zu der er etwa verurteilt werden sollte, Sicherheit zu leisten. Die actio in rem war eine actio arbitraria (oben S. 351); der iudex erließ also, wenn er die Klage für begründet ansah, zunächst nur eine pronuntiatio zugunsten des Klägers (res actoris est) und forderte den Beklagten durch einen Zwischenbescheid (arbitratus) zur Herausgabe der Sache auf. Kommt Beklagter dem arbitratus nicht nach, so erfolgt die Verurteilung des Beklagten, die aber — bei der das rR. bis in die spätere Kaiserzeit beherrschenden Geldkondemnation, oben S. 432 — nicht unmittelbar auf Herausgabe der Sache, sondern dahin, quanti ea res erit, also auf das Geldinteresse (litis aestimatio) erfolgte, das der Kläger freilich eidlich schätzen durfte (D. 12, 3, 5, pr., S. 352). Erst in der klassischen Zeit wird der arbitratus unmittelbar vollstreckbar (Realexekution, D. 6, 1, 68, oben S. 376).

3. Im justinianischen Prozesse wird Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herausgabe der Streitsache selbst gerichtet.

## § 128. Actio negatoria.

### a. Begriff und Voraussetzungen.

1. Gegen Eingriffe, die sich nicht als Entziehung des Besitzes, sondern als bloße Störung des Eigentums darstellen, hat der Eigentümer eine besondere Klage, die actio negatoria oder negativa. Diese Benennung erklärt sich dadurch, daß die Klage in der Regel[1]) gegen

[13]) Nicht mehr die stipulatio pro praede litis et vindiciarum; vgl. G. 4, 91, 92.

[1]) Manche nehmen für das reine rR. an, daß die a. n. nur gegen einen Servitutenprätendenten gegeben war; tatsächlich war dies auch der Normalfall, für den die Ausbildung der im Text erwähnten besonderen Grundsätze erfolgt ist. Immerhin wird die a. n. in den Quellen auch in Fällen sonstiger fortdauernder Einwirkung zugelassen,

die Anmaßung einer Servitut durch den Beklagten[2]) gerichtet ist und ihre Formel demgemäß eine negative Fassung hatte[3]).

2. **Kläger** ist der in seinem Eigentume gestörte Eigentümer. Ein **Miteigentümer** kann der Inanspruchnahme eines Nießbrauchs gegenüber nur hinsichtlich seines Anteils, gegenüber Prädialservituten dagegen, da diese das ganze Grundstück ungeteilt belasten, in solidum klagen (D. 8, 5, 6, 4). Auch der bloße publizianische Besitzer kann die Klage (als sog. negatoria Publiciana) anstellen, ebenso der Superfiziar, Emphyteuta und Pfandgläubiger (vgl. ABGB. § 324).

3. **Beklagter** ist, wer sich die Servitut (wenn auch nur wörtlich), si nova velis immittere, prohiberi a me potes; D. 8, 5, 14, pr., dies ist jedoch streitig) anmaßt oder sonst in das Eigentum eingreift.

b. **Beweislast.**

Kläger hat jedenfalls sein Eigentum (oder sein sonstiges ihn zur Klage legitimierendes Recht) und den Eingriff des

---

zB. wenn ein Miteigentümer eigenmächtig baut (D. 8, 5, 11), eine fremde Wasserleitung ein Gebäude gefährdet (D. 8, 5, 13), eine gemeinschaftliche Wand sich über die Grenze neigt (D. 8, 5, 14, 1). Das ABGB. behandelt die Negatorienklage nur als Klage wegen Anmaßung einer Servitut (§ 523).

[2]) Die actio negatoria ist also das Gegenstück zur actio confessoria (unten § 137), mit welcher jemand als Kläger eine Servitut in Anspruch nimmt; beide Klagen sind zusammen behandelt in D. 7, 6: Si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur, und D. 8, 5: Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur.

[3]) Die Formel war im album praetoris nicht einheitlich festgestellt, sondern wurde der vom Beklagten in Anspruch genommenen Servitut angepaßt; zB. Si paret N° N° ius non esse utendi fruendi fundo Corneliano invito A° A° oder eundi agendi, aquam ducendi, tigna in parietem immissa habendi, altius tollendi usw. (vgl. I. 4, 6, 2). Die Formel wurde übrigens auch mit positiver Fassung der intentio gegeben (Si paret A° A° ius esse prohibendi N^m N^m ire agere, vgl. zB. D. 7, 6, 5, 1); neuere bezeichnen die actio negatoria in diesem Falle als actio prohibitoria.

Beklagten zu beweisen. Streitig ist dagegen, da die Quellen kein sicheres Ergebnis liefern, ob Beklagter das Bestehen des von ihm beanspruchten Rechts (vgl. D. 7, 6, 5, pr.) oder ob Kläger dessen Nichtbestehen zu beweisen habe (D. 39, 1, 15). Nach einer dritten Ansicht (vgl. D. 8, 5, 8, 3) ist zu unterscheiden, ob der Beklagte das beanspruchte Recht schon ausübt, d. h. besitzt — dann müsse der Kläger das Nichtbestehen des Rechts beweisen —, oder ob er sich noch nicht im Besitze der Ausübung befindet — dann müsse Beklagter sein Recht erweisen.

Da das Eigentum begrifflich von vornherein unbeschränkt ist (S. 677), so muß nach richtiger Ansicht der Beklagte in jedem Falle das von ihm beanspruchte Recht beweisen, indem er behauptet, daß das Eigentum einer Beschränkung unterworfen worden ist (sog. Vermutung für die Freiheit des Eigentums, S. 679; ebenso ABGB. §§ 523 und 324.

c. Ziel der Klage.

Die a. n. geht zunächst auf Feststellung (pronuntiatio, S. 351) der Freiheit des Eigentums von dem vom Beklagten etwa in Anspruch genommenen Rechte, ferner sofern dies nötig ist (D. 7, 6, 5, 6), auf Beseitigung der Beeinträchtigungen (D. 8, 5, 14, pr.) nebst Ersatz des dem Kläger hierdurch verursachten Schadens (D. 8, 5, 4, 2) und, falls die Wiederkehr der Störungen zu besorgen ist, auf Sicherstellung (cautio de non amplius turbando, D. 8, 5, 12).

## § 129. Actio Publiciana.

a. Voraussetzungen.

Ein Prätor Publizius führte (etwa 69 v. Chr.) eine petitorische Klage zum Schutze desjenigen ein, der sich im Ersitzungsbesitze einer Sache befand. Bis dahin war ein solcher Besitzer im Fall eines Besitzverlustes auf die possessorischen Rechtsbehelfe angewiesen, die dritten Erwerbern der Sache gegenüber meist versagten; denn erst durch die

vollendete Ersitzung wurde der Ersitzungsbesitzer Eigentümer und erst alsdann konnte er sich der rei vindicatio und der actio negatoria bedienen. Nunmehr wurde ihm schon während des Laufs der Ersitzungszeit ein dinglicher Anspruch (ad instar proprietatis, non ad instar possessionis, D. 6, 2, 7, 6) auf Grund der Unterstellung (Fiktion) gewährt, daß er die Sache schon ersessen habe (I. 4, 6, 4). Die actio Publiciana in rem[1]) war also eine actio ficticia (S. 349).

Anderseits ergibt diese Voraussetzung, daß sich der Publiciana nur der bedienen kann, der sich im Ersitzungsbesitze befindet; sie ist also ausgeschlossen bei schlechtgläubigem (oder nicht tituliertem) Erwerb, bei res inhabiles (D. 6, 2, 9, 5) und steht dem Prekaristen oder Pfandgläubiger nicht zu, weil ihnen der Eigenbesitz fehlt (D. 6, 2, 13, 1).[2])

b. Anwendungsfälle.

In der klassischen Zeit hatte die actio Publiciana in verschiedenen Anwendungsformen Bedeutung.

1. Wer eine res mancipi nicht — wie zur Erlangung des dominium ex iure Quiritium erforderlich gewesen wäre, S. 680 — durch mancipatio, sondern durch bloße traditio erlangt hatte, konnte sich als bloßer bonitarischer Eigentümer der rei vindicatio nicht bedienen, da „ipso iure" noch der Veräußerer Eigentümer war. Hier

---

[1]) Die aus G. 4, 36 ersichtliche Formel der actio Publiciana lautete (für den Fall des Kaufs eines Sklaven): Titius iudex esto. Si quem hominem A. A. emit et is ei traditus est, anno possedisset (die einjährige Ersitzungszeit an Mobilien aus den 12 Tafeln, S. 716), tum si eum hominem, quo de agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret (wenn er ihn ersessen hätte), si is homo A° A° arbitratu tuo non restituetur (S. 351[10]), quanti ea res erit, tantam pecuniam N^m N^m A° A° c., s. n. p. a.

Vgl. D. 6, 2: De Publiciana in rem actione (anschließend an 6, 1: De rei vindicatione).

[2]) Nur wurde von dem Erfordernis, daß der Kläger schon im Besitze gewesen ist, zuweilen abgesehen, vgl. zB. D. 6, 1, 15. Ob dies auch für den Erwerb durch Legat und durch Adjudikation vom Nichteigentümer gilt, ist streitig (vgl. D. 6, 2, 1, 1 u. 2; 6, 1, 7, pr.).

half ihm die Publiciana als utilis rei vindicatio und zwar nicht nur gegen einen dritten Besitzer, sondern auch gegen den, der noch das nudam ius Quiritium (S. 682) hatte, indem seine exceptio dominii mit der replicatio rei venditae et traditae (S. 682[5]) beseitigt wurde.

2. In dem eben erwähnten — für das justinianische Recht bedeutungslosen, S. 683[6] — Falle handelt es sich um den Schutz eines materiell rechtsbeständigen, aber mit einem formellen Mangel behafteten Erwerbs. Die actio Publiciana war aber ferner anwendbar bei einem formell rechtsbeständigen, aber mit einem materiellen Mangel behafteten Erwerb, wenn nämlich jemand eine Sache vom Nichteigentümer (oder von einem nicht verfügungsfähigen Eigentümer, D. 6, 2, 7, 2) gutgläubig erworben hatte. Er wurde dann nicht Eigentümer, da nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet (S. 229), sondern erhielt nur den Ersitzungsbesitz. Daraus ergibt sich, daß die actio Publiciana in diesem Anwendungsfalle nur relative Bedeutung haben kann. Denn:

*α.* der Ersitzende muß die Sache bis zur Vollendung der Ersitzung dem wahren Eigentümer herausgeben (D. 6, 2, 17). Er wird also, wenn er gegen den wahren Eigentümer sich der Publiciana bedienen wollte, durch seine exceptio dominii zurückgewiesen, es sei denn, daß er diese durch eine replicatio rei venditae et traditae beseitigen kann (zB. wenn der Veräußerer einer fremden Sache die verkaufte Sache vindiziert, indem er sich auf später erlangtes Eigentum stützt, S. 712); und ferner:

*β.* er kann sich der Publiciana einem ebenfalls im Ersitzungsbesitze Befindlichen gegenüber nicht bedienen. Denn da in diesem Falle der Kläger seinen Anspruch darauf stützt, daß er sich — vor dem Besitzverlust — in der condicio usucapiendi befunden habe, und der Beklagte sich noch gegenwärtig in der condicio usucapiendi befindet, so sind die Parteien gleichberechtigt und der Beklagte als gegenwärtiger Besitzer behält die Sache nach dem Grundsatze: in pari causa melior est condicio possidentis (S. 337). Hiervon wird nur dann eine Ausnahme gemacht, wenn beide

Teile von demſelben Auktor (ab eodem non domino) erworben haben. Dann gilt derjenige als beſſerberechtigt, dem die Sache von dem gemeinſchaftlichen Auktor zuerſt übergeben worden iſt. Der Kläger unterliegt alſo bei der Klage gegen einen anderen Erſitzungsbeſitzer:

a. falls beide a diversis non dominis erworben hatten, ſtets;

b. falls beide ab eodem non domino erworben hatten, ſofern er nicht früher als der Beklagte die Sache übergeben erhalten hat[3]).

3. Endlich hat die a. P. auch bei formell und materiell rechtsbeſtändigem Erwerbe Bedeutung; denn da beim Eigentümer natürlich auch die Vorausſetzungen des Erſitzungsbeſitzes vorliegen, ſo kann es ihm ſelbſtverſtändlich nicht verwehrt werden, ſeinen Anſpruch ſtatt auf Eigentum auf bloßen Erſitzungsbeſitz zu ſtützen. Er vermeidet dadurch die Schwierigkeit des Eigentumsbeweiſes (probatio diabolica, S. 744). Iſt der Beklagte freilich im Erſitzungsbeſitze oder handelt es ſich um eine erſitzungsunfähige Sache, ſo iſt der Eigentümer genötigt, die rei vindicatio anzuſtellen.

c. Ziel und Umfang

der Publiciana ſind die gleichen wie die der rei vindicatio (D. 6, 2, 7, 8).

---

[3]) D. 6, 2, 9, 4 (Ulpian): Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. et Iulianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est. Freilich behauptet Neratius in D. 19, 1, 31, 2, daß der Erſterwerber ſtets, auch im Fall a vorgehe: Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est (denn er iſt dann Eigentümer geworden). Allein die Meinung des Ulpian verdient als die gerechtere den Vorzug.

Die a. P. ist in den Quellen nur als Klage auf Wiedererlangung des Ersitzungsbesitzes, also als utilis rei vindicatio, angeführt; sie kann aber als Publiciana negatoria (S. 755) auch zur Abwehr von Störungen des Ersitzungsbesitzes benutzt werden[4]).

## Miteigentum.

### § 130. Miteigentum.

a. Allgemeines[1]).

Das Eigentum als das vollkommene Herrschaftsrecht über eine Sache läßt ein gleichzeitiges Eigentum mehrerer dem vollen rechtlichen Inhalt und Umfange nach nicht zu: dominium plurium in solidum esse non potest (S. 679). Dagegen ist eine Beteiligung mehrerer an demselben einheitlichen Eigentumsrechte denkbar, und zwar in mehrfacher Weise.

1. Die inhaltlichen Befugnisse des Eigentums (Verfügung und Nutzung) sind zwischen zwei Personen geteilt, geteiltes Eigentum, S. 680[2].

2. Das eine Eigentumsrecht steht mehreren Berechtigten gemeinsam zu. Jeder hat sämtliche im Eigentume liegenden

---

[4]) Das österr. Recht (ABGB. §§ 372—374) kennt eine der actio Publiciana nachgebildete „Eigentumsklage aus dem rechtlich vermuteten Eigentum des Klägers". Sie steht demjenigen zu, der im rechtmäßigen, redlichen und echten Besitze einer beweglichen oder unbeweglichen Sache war und denselben verloren hat. Die Klage geht auf Zuerkennung des Eigentums, sowie auf Zuspruch des entgangenen Nutzens oder erlittenen Schadens (je nach der Redlichkeit des Besitzes des Beklagten, § 379), jedoch nur gegen den juristisch schwächeren Besitzer. Sie wird entkräftet durch den Beweis des Eigentums seitens des Beklagten, sowie wenn der Beklagte als echter Besitzer einen gleichen Titel hat (§ 374), endlich wenn der Beklagte überhaupt ein stärkeres Recht als der Kläger hat. Unter welcher Voraussetzung ein schwächerer Besitz des Beklagten anzunehmen ist, bestimmt § 373. Der Kläger hat zu beweisen: die Detention des Beklagten, die Identität der Sache, den rechtmäßigen und echten Besitz. Die Unredlichkeit des Besitzes hat der Beklagte zu beweisen.

[1]) D. 10, 3, C. 3, 37: Communi dividundo.

Befugnisse, jedoch beschränkt durch das Mitrecht der anderen, also in vollem Umfange nur mit den anderen zusammen. Dann liegt Miteigentum vor. Ein solches Miteigentum entsteht entweder (D. 10, 3, 2, pr.) durch Vertrag, insbesondere durch einen Gesellschaftsvertrag (societas, S. 589), oder durch rechtsgeschäftliche Anordnung eines Dritten, zB. unter mehreren Testamentserben oder Vermächtnisnehmern, oder durch nicht rechtsgeschäftliche Ereignisse, zB. gesetzliche Erbfolge, Verbindung, Vermischung, Schatzfund (communio incidens, S. 596).

Das Miteigentum kommt in zwei verschiedenen Rechtsformen vor:

α. als Miteigentum nach Bruchteilen (pro partibus indivisis, S. 224), vgl. ABGB. § 361;

β. als Miteigentum ohne bestimmte Bruchteile oder zur gesamten Hand (S. 225[9]).

Ersteres ist das — hier allein zu behandelnde — Miteigentum des römischen, letzteres das Miteigentum des deutschen Rechts[2]).

b. Rechtsstellung der Miteigentümer.

1. Jeder Miteigentümer hat einen ziffermäßig bestimmten Anteil[3]), über den er — durch Veräußerung oder

---

[2]) Das ABGB., das beide Arten des Miteigentums kennt — die Rechte der Miterben sind zB. vorwiegend nach dem Prinzip der Gesamthand gestaltet, vgl. §§ 550, 820, 821 — spricht von Miteigentum nur im Sinne von Miteigentum nach Bruchteilen.

Die Ausdrücke condominium, condominus sind nicht quellenmäßig; die Quellen sprechen vielmehr von communio und socius.

[3]) Das ist aber nicht so aufzufassen, daß er nur zu diesem Anteile berechtigt ist; vielmehr erfaßt das Miteigentum gleich dem Alleineigentum (S. 679) begrifflich die Sache als ganze, nur daß das Miteigentum infolge der Konkurrenz der übrigen Berechtigten auf einen Bruchteil eingeschränkt wird (concursu fiunt partes; D. 32, 80). Die Folge davon ist, daß, sofern ein Miteigentümer durch Aufgeben seines Rechts fortfällt, die Anteile der übrigen sich von selbst erweitern (D. 41, 7, 3, Elastizität des Eigentums, S. 680) und daß ein Gewinn, den einer der Miteigentümer zu machen außerstande ist, ganz den übrigen zufällt (D. 45, 3, 1, 4; vgl. ABGB. §§ 361 und 833).

Belastung (D. 7, 6, 5, 2; 10, 3, 6, 9), soweit hierdurch nicht die Anteile der Miteigentümer betroffen werden, wie bei Servituten (D. 8, 1, 2) — selbständig verfügen und hinsichtlich dessen er alle Rechte des Eigentümers (rei vindicatio pro parte, S. 744) geltend machen kann (sog. Individualrecht). Im Zweifel sind die Anteilsrechte gleich. Streitig ist, ob als geteilt die Sache selbst (D. 50, 16, 25, 1) oder das Eigentumsrecht daran (D. 13, 6, 5, 15, so ABGB. § 361) anzusehen ist. Jeder Miteigentümer ist ferner zum Mitbesitz und zur anteilsweisen Nutzung berechtigt (D. 10, 3, 7, 10; 22, 1, 25, pr.; vgl. ABGB. §§ 829 ff.

Über die Sache als ganze dagegen kann nur die Gesamtheit der Miteigentümer verfügen, nicht etwa die Mehrheit. Vielmehr kann jeder einzelne Miteigentümer und wenn sein Anteil noch so klein wäre, durch seinen Widerspruch die Verfügung über die gemeinschaftliche Sache hindern (D. 10, 3, 28: in re pari potiorem causam esse prohibentis constat), so zB. auch jede Verbesserung der Sache (anders ABGB. §§ 828, 833 und 834; es gilt das Majoritätsprinzip; die Überstimmten können nur Sicherstellung für künftigen Schaden, oder wenn diese verweigert wird, den Austritt aus der Gemeinschaft verlangen). Die zur Erhaltung der Sache erforderlichen Maßnahmen darf jedoch jeder Gemeinschafter selbständig ergreifen und die hierfür aufgewendeten Kosten kann er erstattet verlangen.

2. Anderseits hat jeder Miteigentümer den seinem Anteil entsprechenden Teil der Kosten und Lasten der Sache zu tragen und dem Genossen, der sie verauslagt hat, zu erstatten. Die nicht rechtzeitig (binnen 4 Monaten) erledigte Erstattung von Reparaturkosten führt sogar Verwirkung des Eigentums zugunsten des Genossen, der sie bezahlt hat, herbei (D. 17, 2, 52, 10, C. 8, 10, 4; oben S. 703[6]; vgl. ABGB. §§ 839 u. 840).

3. Zur Regelung der aus dem Rechte zur gemeinsamen Nutzung und anderseits aus der Pflicht zur gemeinschaftlichen Tragung der Lasten sich ergebenden obligatorischen Be-

ziehungen der Parteien (praestationes personales) sowie ferner zur Herbeiführung der (dinglichen) Teilung der Sache dient die S. 596 besprochenene actio communi dividundo (vgl. ABGB. §§ 830, 841 ff.). Die Miteigentümer haften einander in Ansehung der Behandlung der Sache für culpa in concreto (diligentia quam suis, D. 10, 2, 25, 16).

# Dritter Abschnitt.
# Superfizies und Emphyteuse.

## § 131. Superficies und Emphyteusis.

### a. Allgemeines.

Dem Eigentum als dem begrifflich unbeschränkten dinglichen Recht an einer Sache stehen die iura in re aliena, die begrifflich beschränkten dinglichen Rechte an einer im Eigentum eines Anderen stehenden Sache gegenüber (S. 641). Unter ihnen gewähren zwei, die auf Gebäude bezügliche Superfizies und die auf landwirtschaftliche Grundstücke bezügliche Emphyteusis dem Berechtigten eine eigentumsähnliche Rechtsstellung; sie sind mit einer utilis rei vindicatio (utilis actio negatoria et confessoria) ausgerüstet und beschränken die Rechte des Eigentümers in einer so umfassenden Weise, daß im Mittelalter die Anschauung aufkommen konnte, der Eigentümer habe nur ein „Obereigentum" (dominium directum), während das wahre „nutzbare" Eigentum (dominium utile) den dinglich Berechtigten, dem Superfiziar und dem Emphyteuta, zustehe. Diese Lehre vom geteilten Eigentum widerspricht, wie schon S. 680[2] dargelegt, dem Begriffe des Eigentums als des begrifflich nicht beschränkten Herrschaftsrechts über eine Sache. In Wahrheit sind auch Superfizies und Emphyteuse nur dingliche Rechte an fremder Sache, wenn auch Rechte besonders umfassender Art[1]).

[1]) Aus der Anhäufung großer Gütermassen in einer Hand, sowie aus dem Leibeigenschafts- und Hörigkeitsverhältnisse anderseits entwickelte sich in Österreich (wie in Deutschland) die erbliche Überlastung

b. Superficies.

1. Superficies (Platzrecht, im ABGB. „Bodenzins" § 1125)[2]) ist das vererbliche und veräußerliche (auch verpfändbare) dingliche Recht, ein Gebäude oder eine sonstige Anlage dauernd auf fremdem Grund und Boden zu haben. Wer auf fremdem Boden (area) baute, machte nach dem Satze superficies solo cedit (S. 729) den Grundherrn zum Eigentümer des Gebäudes. Der Bauherr konnte sein Benutzungsrecht daher nur auf einen mit dem Grundherrn zu schließenden Mietvertrag zurückführen und war in der Tat anfänglich gleich einem Mieter auf die persönliche, also nur gegen den Grundherrn als Vermieter mögliche actio conducti angewiesen, entbehrte also dritten gegenüber eines dinglichen Schutzes völlig. Ein solcher war aber um so unentbehrlicher, als bei den auf lange Dauer berechneten Nutzungsverhältnissen die ursprüngliche Entstehung vielfach in Vergessenheit kam. Daher gewährte der Prätor dem

---

von Gütern (oder Grundstücken) zur Benutzung gegen Entrichtung eines Zinses. Der Erbpächter oder Erbzinsmann hatte das nutzbare Eigentum, der Gutsherr erhielt gewisse Abgaben (Erbzins), hatte ein Aufsichtsrecht und ein bedingtes Heimfallsrecht Auf diese bäuerlichen Nutzungsrechte wurden nach Rezeption des römischen Rechts die Grundsätze der Emphyteuse angewendet. Auch durch die Aufhebung der Leibeigenschaft und des Vogteirechtes wurde die privatrechtliche Seite dieser Institute nicht berührt. Das ABGB. kennt das Erbpachtrecht (§ 1122) und das Erbzinsrecht (§§ 1123 u. 1124) sowie das Bodenzinsrecht (§§ 1125 ff.). Der Unterschied zwischen den beiden erstgenannten Rechtsinstituten besteht in dem zu entrichtenden Zinse. Steht derselbe wenigstens ursprünglich mit dem Ertrage des Gutes im Verhältnis, dann liegt ein Erbpacht-, läßt sich ein solches Verhältnis nicht nachweisen, ein Erbzinsrecht vor. Die Superfizies (Bodenzins, §§ 1125 ff.) ist das erbliche Nutzungseigentum der Oberfläche eines Grundstückes, wofür vom Nutzungsberechtigten an den Obereigentümer eine gewisse (jährliche) Abgabe (Bodenzins) zu entrichten ist. Die Erwerbung dieser Kategorien „nutzbaren Eigentums", die Rechte und Pflichten des Ober- und Nutzungseigentümers, sowie die Erlöschung des Nutzungseigentums normieren die §§ 1126–1150 ABGB.

[2]) D. 43, 18: De superficiebus. Die Superfizies unterscheidet sich vom ususfructus und den beschränkten Nutzungsservituten (unten § 134) durch ihre Veräußerlichkeit und Vererblichkeit sowie durch ihren Umfang; von der Miete durch ihre Dinglichkeit.

Superfiziar zunächst ein — dem interdictum uti possidetis (S. 663) nachgebildetes (D. 43, 18, 1, 2) — interdictum de superfiecibus[3]), später alle dem Eigentümer zustehenden Rechtsschutzmittel (rei vindicatio, negatoria, Publiciana, D. 6, 2, 12, 3), als utiles und nach der richtigen Meinung auch die possessorischen Rechtsbehelfe, da der Superfiziar, nicht der Grundherr als juristischer Besitzer zu betrachten ist (S. 644).

Entstanden ist die superficies zuerst auf dem ager publicus und dem Gemeindeland der Kommunen. Infolge der durch den Brand unter Nero entstandenen Wohnungsnot wurde auch Privaten die Verpachtung von Land zu Bauzwecken gestattet.

2. Für die Benutzung des Bodens wird regelmäßig ein Bodenzins (solarium) nach Art einer Miete gezahlt, es kann aber auch eine einmalige Abfindung des Grundherrn nach Art eines Kaufs stattfinden (D. 43, 18, 1, 1).

3. Möglich ist eine superficies auch an einem Stockwerk (coenaculum, D. 43, 17, 3, 7); sonstige Anlagen (zB. Pflanzungen) werden als Gegenstände der Superfizies dagegen nicht erwähnt. Das einem Weide- oder Viehtränkeberechtigten zustehende Recht, auf einem Grundstück eine Hütte (tugurium) zu haben, wird nicht als Superfizies, sondern als Servitut behandelt (D. 8, 3, 6, 1).

4. Die Superfizies entsteht durch formlosen Vertrag (anders ABGB. § 1126), zu welchem nach manchen Übergabe hinzutreten muß (vgl. D. 43, 18, 1, 7), Ersitzung und letztwillige Verfügung (D. 30, 86, 4). Sie endet mit dem Untergange des Grundstücks, nicht aber des Gebäudes, das vielmehr im Falle der Vernichtung wiederhergestellt werden kann (ebenso ABGB. § 1150).

5. Der Superfiziar hat die freie Verfügung über das Gebäude. Er kann die Superfizies veräußern, verpfänden (D. 20, 4, 15) und Servituten an ihr bestellen (D. 43, 18,

---

[3]) D. 43, 18, 1, pr.: Uti ex lege locationis sive conductionis superficie qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quo minus fruamini, vim fieri veto.

1, 9, ABGB. § 1128). Er trägt die an der Sache haftenden Lasten (D. 39, 2, 9, 4; vgl. ABGB. §§ 1137 und 1138).

c. Emphyteusis.

Emphyteusis[4]) ist das vererbliche und veräußerliche (auch verpfändbare dingliche Recht auf dauernde Benutzung eines fremden fruchttragenden Grundstücks[5]).

1. Die Emphyteuse des justin. Rechts ist aus der Verschmelzung von Rechtsinstituten des weströmischen und des oströmischen Reichs entstanden. In Westrom verpachteten Gemeinden und Priesterschaften ihre Ländereien — agri vectigales — für immer oder doch auf lange Zeit gegen einen jährlichen Pachtzins (vectīgal). Nach Civilrecht hatte auch der Pächter eines solchen Grundstücks nur die actio conducti gegen den Grundherrn; der Prätor verlieh jedoch auch ihm eine actio in rem utilis (actio vectigalis) gegen dritte und damit dingliche Rechtsstellung (D. 6, 3, 1). Unter den römischen Juristen war es streitig, ob die vertragsmäßige Einräumung der Emphyteuse Kauf oder Pacht sei (G. 3, 145); nur bei der Auffassung als Pacht hatte der Bebauer ein Recht auf remissio mercedis wegen Mißwachses oder Verschlechterung des Grundstücks (S. 548).

Der weströmischen Erbpacht ähnlich war in Ostrom die namentlich seit Hadrian übliche emphyteusis (von ἐμφυτεύειν), worunter man die Erbverpachtung kaiserlicher Domänen — agri patrimoniales —, insbesondere zur Anpflanzung von Bäumen und Weinreben, nach griechischem Vorbilde gegen einen Grundzins (canon) verstand. Weiterhin wurden auch Kirchengüter und schließlich auch Grundstücke Privater zur Emphyteuse ausgegeben.

Das weströmische und das oströmische Institut wurden von Justinian miteinander verschmolzen. Der Streit über

---

[4]) D. 6, 3: Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur: C. 4, 66: De emphyteutico iure.

[5]) Die Emphyteuse unterscheidet sich durch ihre Vererblichkeit und Veräußerlichkeit vom Usufruktus, durch ihre Dinglichkeit von der Zeitpacht.

die Rechtsnatur der Emphyteuse wurde schon vorher vom Kaiser Zeno (476—482) dahin gelöst, daß die Emphyteuse weder Kauf noch Pacht, sondern ein Konsensualkontrakt eigener Art sei (contractus emphyteuticarius), die Gefahr des Untergangs der Grundherr, die der Fruchtbestellung aber allein der Bebauer zu tragen habe (C. 4, 66, 1).

2. Die Emphyteuse entsteht durch Vertrag, der schriftlich sein muß, wenn es sich um Kirchengut handelt (Nov. 120, 6, 2) oder die Pachtbedingungen von den gesetzlichen Vorschriften abweichen (C. 4, 66, 1). Ob auch das dingliche Recht durch den bloßen Vertrag entsteht oder hierzu Übergabe erforderlich ist, ist, wie bei der Superfizies, streitig, ebenso ob der Emphyteuta als juristischer Besitzer zu betrachten ist (S. 644).

3. Der Emphyteuta erwirbt die Früchte schon mit der Separation (D. 22, 1, 25, 1), während der Nießbraucher sie erst mit der Perzeption erlangt (S. 737). Ob die Eigentümerhälfte an einem Schatz auf dem zur Emphyteuse ausgeliehenen Grundstücke dem Grundherrn oder dem Emphyteuta zufällt, ist streitig (vgl. ABGB. § 1143).

4. Einen besonderen Endigungsgrund bildet die Entsetzung (Privation) des Emphyteuta, welche — ohne daß er für seine „Meliorationen" Ersatz erhält, C. 4, 66, 2, 1 — zulässig ist, wenn der Emphyteuta:

α. das Grundstück erheblich verschlechtert (Nov. 7, Nov. 120, 8; vgl. ABGB. § 1130).

β. 3 (bei Kirchengut 2) Jahre den jährlichen Grundzins (canon) nicht zahlt oder die Grundsteuern nicht entrichtet (C. 4, 66, 2, 2, Nov. 7, 3, 2, Nov. 120, 8, anders ABGB. §§ 1135 und 1136);

γ. eine Veräußerung unter Verletzung der für diese bestehenden Vorschriften vornimmt (C. 4, 66, 3). Der Emphyteuta muß nämlich im Fall eines Verkaufs die Verkaufsbedingungen dem Grundherrn vorlegen, der binnen 2 Monaten ein ihm kraft Gesetzes zustehendes Vorkaufsrecht (ius protimiseos) ausüben, d. h. erklären kann, daß er in den Kauf an Stelle des Käufers unter Über-

nahme der von diesem eingegangenen Verpflichtungen eintrete. Aus erheblichen Gründen kann er die Genehmigung zur Veräußerung versagen. Nimmt er aber den neuen Emphyteuta an, so kann er von dem Veräußerer eine Besitzveränderungsabgabe (quinquagesimum, laudemium, d. h. laudatio emptionis) von 2 % des Wertes des Grundstücks verlangen (vgl. ABGB. §§ 1140—1142).

# Vierter Abschnitt. Dienstbarkeiten.

## § 132. Dienstbarkeiten. Allgemeines.

### a. Begriff und Arten.

Dienstbarkeiten (Servituten) sind dingliche Nutzungsrechte an fremder Sache zugunsten bestimmter Grundstücke oder bestimmter Personen (vgl. ABGB. § 472). Nach dem berechtigten Subjekt unterscheidet man daher[1]):

1. Grunddienstbarkeiten (Prädialservituten), die ein Grundstück zugunsten eines anderen Grundstücks, d. h. seines jeweiligen Eigentümers, belasten (unten § 133); und

2. Persönliche Dienstbarkeiten (Personalservituten), die einen Gegenstand (Grundstück, bewegliche Sache, Recht) zugunsten einer bestimmten Person belasten, indem sie dieser den Gebrauch oder die Nutzung des Gegenstands gewähren (ebenso ABGB. § 473):

*α.* entweder in vollem Umfange (Nießbrauch, usus-fructus, unten § 134 a); oder

*β.* beschränkt (beschränkte persönliche Nutzungsrechte, usus, habitatio, operae, unten § 134 b).[2])

---

[1]) D. 8, 1, 1: Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum. Im engeren Sinne verstanden die Römer unter den Servituten nur die Grunddienstbarkeiten.

[2]) Die Servituten sind die einzigen iura in re aliena des alten Civilrechts; die übrigen gehören der späteren Rechtsentwicklung an. So erklärt es sich, daß nur sie als „servitutes" bezeichnet werden, während eine „Dienstbarmachung" fremden Eigentums bei allen iura

b. Allgemeine Grundsätze.

Für alle Arten von Servituten gelten gewisse aus ihrem Wesen abgeleitete Grundsätze, die man herkömmlich durch die nachstehenden Rechtssprichwörter kennzeichnet:

1. Servitus in faciendo consistere nequit, d. h. eine Servitut kann nach rR. als dingliches, also sich unmittelbar gegen eine Sache richtendes Recht, immer nur auf ein Dulden (pati) oder ein Unterlassen (non facere) des Eigentümers der belasteten Sache, nicht auf eine positive Leistung desselben (facere) gehen.[3])[4])

---

in re aliena, also auch bei Superfizies, Emphyteuse und Pfandrecht stattfindet.

Die Servituten unterscheiden sich:

a. von Superfizies und Emphyteuse dadurch, daß bei diesen das Eigentum hinter dem Nutzungsrechte völlig zurücktritt, während die Servituten es nur in bestimmten Richtungen beschränken;

b. vom Pfandrechte dadurch, daß dieses die Entziehung des Eigentums, die Servitut nur seine Beschränkung herbeiführen kann;

c. von den persönlichen Gebrauchs- und Nutzungsrechten (Miete, Pacht, Leihe) dadurch, daß diese nur persönliche, die Servituten dingliche Rechte sind.

[3]) D. 8, 1, 15, 1: Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, velut viridia (Gewächse) tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat, ebenso ABGB. §§ 472 und 482.

[4]) Vom Standpunkte des Berechtigten aus bezeichnet man die auf ein pati gerichteten Servituten, weil sie das Recht zu einem Tun (zB. ire, agere) oder einem Haben (zB. tignum immissum habere) verleihen, als affirmative, die auf ein non facere gerichteten Servituten, weil sie den Berechtigten zu einem Verbieten ermächtigen (zB. ne aedificium altius tollatur), als negative.

Eine andere Einteilung der Servituten ist die in ständige (continuae), die jederzeit (zB. eine Wegegerechtigkeit), und unständige (discontinuae), die nur zu gewissen Zeiten oder bei bestimmten Gelegenheiten ausgeübt werden können (zB. eine Weidegerechtigkeit, ein Recht auf Sommerbewässerung, aqua aestiva).

Eine dritte Einteilung ist die in serv. apparentes s. qualificatae und serv. simplices, je nachdem zu Zwecken der Servitut eine sichtbare Anlage vorhanden ist (zB. serv. aquaeductus) oder nicht (zB. serv. altius non tollendi).

Alle diese Einteilungen haben ihre wesentliche Bedeutung für die Grunddienstbarkeiten.

Über die eine Ausnahme von dieser Regel bildende servitus oneris ferendi vgl. unten S. 775[4].

2. Nulli res sua servit (D. 8, 2, 26), d. h. eine Servitut als ius in re aliena kann begrifflich nicht an der eigenen Sache des Berechtigten bestellt werden und erlischt daher durch confusio (beim Nießbrauch consolidatio genannt, unten § 136), wenn Eigentum und Servitutenrecht in einer Person zusammenfallen.

3. Servitutibus civiliter utendum est (D. 8, 1, 9), d. h. der Berechtigte soll die Servitut, vor allem eine Prädialservitut (unten § 133), in einer die Interessen des Eigentümers möglichst schonenden Weise („pfleglich") ausüben (ähnlich ABGB. § 484).

4. Servitus servitutis esse non potest, d. h. an der — grundsätzlich unübertragbaren — Servitut kann nicht wieder eine Servitut bestellt werden[5]) (ebenso nach österr. Recht, arg. aus ABGB. § 472).

## § 133. Grunddienstbarkeiten.

### a. Begriff.

Grunddienstbarkeit (Prädialservitut, vgl. D. 8, 4: Communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum) ist das dem jeweiligen Eigentümer[1]) eines Grundstücks (herrschendes Grundstück, praedium dominans) zustehende dingliche Recht, im Interesse der besseren Bewirt-

---

[5]) Vgl. D. 33, 2, 1, pr.: Nec usus nec usus fructus itineris actus viae aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest; etwas eingeschränkt D. 8, 3, 33, 1.

[1]) Früher faßte man das herrschende Grundstück selbst als das berechtigte Subjekt, also als eine juristische Person auf (S. 201[11]). Nun wird zwar in den Quellen häufig gesagt, die Servitut stehe dem Grundstücke zu (zB. D. 8, 1, 12); aber vielfach wird auch der Eigentümer des praedium dominans als der Servitutberechtigte bezeichnet (zB. D. 8, 2, 17, 3) und jener Konstruktion widerspricht vor allem, daß es hierbei unverständlich wäre, weshalb die Servitut im Falle der Vereinigung beider Grundstücke in der Hand desselben Eigentümers durch Konfusion untergeht (S. 790).

schaftung und Benutzbarkeit dieses Grundstücks ein anderes (dienendes Grundstück, praedium serviens) in einzelnen Beziehungen benutzen zu dürfen (ABGB. § 473). Aus diesem Zwecke ergeben sich folgende Begriffsmerkmale und Voraussetzungen der Grunddienstbarkeiten:

1. Servitus fundo utilis esse debet (D. 8, 5, 5). Das bedeutet:

*α.* die Servitut muß den Ertrags- oder Verkaufswert des herrschenden Grundstücks steigern (fundo utilis). Doch genügt auch eine bloße Annehmlichkeit (zB. eine Wasserkunst amoenitatis causa, D. 43, 20, 3, pr.; ähnlich ABGB. § 473);

*β.* der Vorteil muß dem Grundstück als solchem zugute kommen (fundo utilis), also jedem, nicht bloß einem bestimmten Eigentümer desselben (D. 8, 1, 8, pr.; 8, 1, 19).

2. Praedia vicina esse debent, d. h. die beteiligten Grundstücke müssen so nahe zusammenliegen, daß eine Benutzung des einen für die Zwecke des anderen möglich ist[2]).

3. Servitutis causa perpetua esse debet (D. 8, 2, 28), d. h. das dienende Grundstück muß nach seiner natürlichen Beschaffenheit die dauernde Möglichkeit der Servitutenausübung gewährleisten (daher zB. keine Wasserschöpfgerechtigkeit an einer Zisterne, D. 43, 22, 1, 4). Anfänglich konnte eine Grunddienstbarkeit auch weder unter einer Bedingung, noch unter einer Zeitbestimmung bestellt werden (D. 8, 1, 4, pr.).

b. Einteilung.

Die Prädialservituten können sein: Serv. praediorum rusticorum (Felddienstbarkeiten) und urbanorum (Gebäudedienstbarkeiten). Maßgebend ist die Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks, nicht seine örtliche Lage (S. 218; ebenso ABGB. § 474). Zugunsten einer

[2]) D. 8, 3, 7, 1. Unmittelbare Nachbarschaft ist nicht immer erforderlich, sondern es genügt bisweilen Utilität; vgl. D. 8, 5, 5; 8, 2, 1, pr.; 8, 3, 38.

Villa auf dem Lande können grundsätzlich (vgl. jedoch zB. D. 8, 2, 20, 1; 43, 20, 1, 11) nur Gebäudeservituten, zugunsten eines Parkes in der Stadt nur Feldservituten bestehen.

1. Felddienstbarkeiten (D. 8, 3) sind zB.:

*α.* die Wege- und Wasserrechte[3]): iter (Fußweg), actus (Viehtrift), via (Fahrweg), aquaeductus (Wasserleitungsgerechtigkeit, sei es aquae cottidianae oder aestivae, D. 8, 3, 15), aquaehaustus (Wasserschöpfgerechtigkeit), pecoris ad aquam appulsus (Viehtränkegerechtigkeit, D. 8, 3, 4);

*β.* die Weide- und Waldservituten (pecoris pascendi, D. 8, 3, 3, pr. u. 4, silvae caeduae, 8, 3, 6, 1);

*γ.* Servituten auf Entnahme von Bodenbestandteilen (calcis coquendae, cretae — Kreide — eximendae, D. 8, 3, 5, 1; ähnlich ABGB. § 477).

2. Gebäudedienstbarkeiten (D. 8, 2).

*α.* Befugnisse zu baulichen Anlagen auf fremdem Grundstücke, zB. serv. tigni immittendi, d. h. die Befugnis, den zum eigenen Bau gehörigen Balken oder Träger in die Wand des Nachbarn einzufügen; serv. oneris

---

[3]) Die drei Wegerechte iter, actus, via und der aquaeductus bildeten die vier ältesten Servituten des rR. und zählten zu den res mancipi (S. 203).

Über das Verhältnis der drei Wegerechte vgl. D. 8, 3, 1, pr.: Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus via aquaeductus. iter est ius eundi ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. Die normale Breite der via war — mangels anderweitiger Bestimmung, D. 8, 3, 23, pr. — schon in den 12 Tafeln in der geraden Linie („in porrectum") auf 8, in der Biegung („in anfractum", D. 8, 3, 8) auf 16 Fuß bestimmt. Die via muß ferner in der Höhe mindestens so weit frei sein, daß man „hastam rectam ferre" kann (D. 8, 3, 7, pr.). Der Wegezug kann bestimmt (determinatus) oder unbestimmt (indeterminatus) sein (D. 8, 3, 13, 1). Über Bestimmung des Wegezugs durch den Richter vgl. D. 8, 3, 13, 1.

ferendi, d. h. die Befugnis, sein Gebäude auf das Gebäude (Mauer, Pfeiler, Säule) des Nachbarn zu stützen mit dessen Verpflichtung, das stützende Bauwerk in gutem Zustande zu erhalten[4]); serv. protegendi oder proiiciendi, d. h. die Befugnis, eine Anlage (zB. Balkon — maeniana —, Vordach — suggrunda —, Tür) in des Nachbarn Luftraum hineinragen zu lassen (vgl. D. 50, 16, 242, 1); serv. luminum, d. h. das Recht, ein Fenster in einer fremden Mauer zu haben (D. 8, 2, 4).

β. Rechte zu Immissionen, zB. das Traufrecht (serv. stillicidii immittendi oder fluminis, je nachdem der Ablauf ohne Zuleitung durch eine Rinne, fistulae, oder durch eine solche erfolgt); serv. cloacae, latrinae, fumi immittendi (D. 8, 5, 8, 5; S. 689[4]).

γ. Verbietungsrechte, zB. serv. altius non tollendi auf Untersagung des Höherbauens überhaupt oder über eine gewisse Höhe, und das Recht auf Untersagung von Anlagen, die den Fenstern das Licht oder die Aussicht entziehen: serv. ne luminibus oder ne prospectui officiatur (D. 8, 2, 15; ähnlich ABGB. §§ 475 und 476).[5])

---

[4]) Dies ist der einzige Fall, in welchem eine Servitut — auch soweit eine bloße Reparaturpflicht in Frage steht — auf ein facere gehen kann (S. 771); vgl. D. 8, 5, 6, 2: Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cuius res servit. sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda; vgl. ABGB. § 487.

[5]) In den röm. Quellen finden sich merkwürdigerweise Befugnisse, die sich aus dem Eigentum an einem Gebäude von selbst ergeben, als Gegenstände besonderer Servituten, so eine servitus altius tollendi, luminibus officiendi, stillicidii non recipiendi (D. 8, 2, 2), während doch das Recht zum Höherbauen usw. aus dem Begriffe des Eigentums folgt und daher die Begründung einer darauf hinzielenden Servitut unverständlich ist. Vermutlich handelte es sich bei diesen „un-

c. Umfang und Inhalt.

1. Die Grunddienstbarkeit muß nach Umfang und Inhalt bestimmt sein. Der Servitutberechtigte kann aber auch die nicht ausdrücklich eingeräumten, aber für ihn unentbehrlichen Befugnisse ausüben (adminicula servitutis, vgl. D. 8, 4, 11; vgl. ABGB. § 484).

2. Die Grunddienstbarkeit kann von dem herrschenden Grundstücke weder dem Rechte noch der Ausübung nach getrennt werden (D. 19, 2, 44: locare servitutem nemo potest). Sie geht daher rechtsnotwendig auf jeden Erwerber des praedium dominans über (D. 8, 4, 12; 18, 1, 47; 41, 1, 20, 1; ebenso ABGB. § 485).

3. Grunddienstbarkeiten sind unteilbar[6]); ebenso ABGB. § 485.

---

gewöhnlichen" Gebäudeservituten um Orte, in denen durch Baupolizeiordnungen für den Nachbarn ein Recht zum Höher- oder Vorbauen oder ein Traufrecht allgemein ausgeschlossen war, so daß die Befreiung hiervon zugunsten einzelner Grundstücke in der Form einer Servitut festgesetzt werden mußte.

[6]) Das bedeutet: Grunddienstbarkeiten können weder für einen ideellen Teil eines Grundstücks noch an einem solchen begründet werden (D. 8, 3, 32: per partes nec adquiri nec imponi servitutes possunt), sondern nur für und gegen das ganze Grundstück. Deshalb tritt auch keine (teilweise) Konfusion ein, wenn ein Miteigentümer des herrschenden Grundstücks das dienende erwirbt und umgekehrt (D. 8, 1, 8, 1: per partes servitus retinetur). Zulässig ist dagegen die Beschränkung auf einen reellen Teil (D. 8, 1, 6: Ad certam partem servitus tam remitti quam constitui potest: vgl. D. 8, 3, 13, 1 ff.; 8, 6, 6, 1). Vgl. ABGB. § 485.

Für den Fall einer reellen Teilung ist zu unterscheiden:

a. Das herrschende Grundstück wird geteilt. Dann steht die Servitut jedem der Teilgrundstücke zu, und zwar jedem ganz, wenn sie eine ungemessene, d. h. nicht auf ein bestimmtes Maß eingeschränkt war, wie eine Wegegerechtigkeit (sofern die Belastung dadurch nicht erhöht wird) und jedem verhältniswäßig, wenn sie eine gemessene, d. h. ihrem Umfange nach beschränkt war, zB. eine auf eine bestimmte Viehzahl beschränkte Weideservitut (vgl. D. 8, 3, 25). Gereicht jedoch die Servitut nur einem bestimmten Teile des herrschenden Grundstücks zum Vorteil, so erlischt sie auf den nicht beteiligten Grundstücken; es bleibt zB. eine für das Schloß eines Landguts bestehende Aussichtsgerechtigkeit im Falle der Teilung des Guts allein

4. Die Grunddienstbarkeit darf nur für das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks benutzt werden[7]). Ob das Bedürfnis zur Zeit der Begründung der Servitut oder das jeweilige Bedürfnis maßgebend ist, ist streitig[8]).

## § 134. Persönliche Dienstbarkeiten.

Persönliche Dienstbarkeiten des rR. sind der Nießbrauch, d. h. das Gebrauchs- und Nutzungsrecht an einer fremden Sache (ususfructus), das bloße Gebrauchsrecht (usus), das Wohnrecht (habitatio) und der Gebrauch der Dienste von Tieren und Sklaven (operae).[1]) (Das ABGB. § 478 kennt nur die drei erstgenannten persönlichen Servituten.) Ihnen allen ist gemeinsam, daß sie „höchstpersönliche Rechte" (iura personalissima), d. h. an die Person des Berechtigten gebunden sind, daher seine Lebens-

---

bei der das Schloß tragenden Parzelle; vgl. ABGB. § 506 und das Kommassationsgesetz vom 7. Juni 1883, RGB. Nr. 92, sowie § 5 des Gesetzes vom 7. Juni 1883, RGB. Nr. 94.

b. Das dienende Grundstück wird geteilt. Dann gilt entsprechendes. Die ungemessene Servitut belastet ganz, die gemessene verhältnismäßig jedes Teilgrundstück; lastet die Servitut nur auf einer bestimmten Parzelle, so werden die übrigen frei; vgl. ABGB. § 506 und das Kommassationsgesetz vom 7. Juni 1883, RGB. Nr. 92, sowie § 5 des Ges. vom 7. Juni 1883, RGB. Nr. 94.

[7]) Bei einer Servitut auf Entnahme von Bodenbestandteilen ist zB. eine Entnahme zum Zwecke des Weiterverkaufs unzulässig; vgl. D. 8, 3, 5, 1 ff.

[8]) Grunddienstbarkeiten gelten als so regelmäßige Belastungen der Grundstücke, daß im Falle des Verkaufs der Verkäufer für sie nur dann einzustehen hat, wenn er sie dolos verschwiegen oder die Servitutenfreiheit des verkauften Grundstücks als eines „fundus optimus maximus" ausdrücklich garantiert hat; vgl. ABGB. §§ 487—503 über Umfang und Inhalt der einzelnen Grunddienstbarkeiten.

[1]) Ob es auch ein besonderes bloßes Fruchtrecht (fructus) gegeben habe, ist streitig. Dagegen können, außer den 4 „typischen" Personalservituten, Befugnisse, die sich gewöhnlich nur als Prädialservituten finden, zugunsten einer bestimmten Person, also als Personalservituten bestellt werden (sog. irreguläre Personalservituten), vgl. S. 785[18]; ebenso ABGB. § 479.

zeit keinesfalls überdauern können, also unvererblich und (jedenfalls dem Rechte, meist sogar auch der Ausübung nach, s. u.) unveräußerlich sind, abgesehen von der Rückübertragung an den Eigentümer selbst.

a. Ususfructus[2]).

1. Begriff und Arten.

Usus fructus[3]) est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia (D. 7, 1, 1, ABGB. § 509). Begriffsmerkmale des Nießbrauchs sind hiernach:

α. ein dingliches, einer bestimmten Person höchstens auf ihre Lebenszeit zustehendes Recht auf Gebrauch und Nutzung einer fremden fruchttragenden Sache, mit der Beschränkung, daß diese Benutzung

β. ohne Minderung ihrer Substanz[4]) erfolgen muß.

Aus dem letzteren Erfordernis ergibt sich, daß an Sachen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in ihrem Verbrauch besteht, nämlich an verbrauchbaren Sachen (S. 223), ein wahrer Nießbrauch unmöglich ist (vgl. ABGB. § 510). Dies war auch der Standpunkt des älteren rR. In der ersten Kaiserzeit wurde jedoch durch einen Senatsschluß das Legat des Nießbrauchs an allen Gegenständen des Vermögens und so auch an ver-

---

[2]) I. 2, 4: De usu fructu; D. 7, 1: De usu fructu et quemadmodum quis utatur, fruatur, vgl. D. 7, 2—6; C. 3, 33: De usu fructu et habitatione et ministerio servorum.

[3]) Zwei ohne Kopula nebeneinander gestellte, häufig auch als ein Wort geschriebene Substantiva. In den Quellen wird fructus häufig für ususfructus gebraucht, indem auch der usus als Furcht betrachtet wird (D. 7, 8, 14, 1); der Nießbraucher wird daher auch fructuarius genannt.

Gemeinrechtlich nannte man den Nießbrauch (an fremder Sache) ususfructus formalis, im Gegensatze zu dem aus dem Eigentume folgenden Nutzungsrechte, dem ususfructus causalis (vgl. D. 7, 6, 5, pr.).

[4]) In einigen Ausnahmefällen hat der Nießbraucher ein gewisses Verfügungsrecht auch über die Substanz der Sache (nach Kohler: „Dispositionsnießbrauch"), so zB. der Vater am peculium adventicium regulare der Hauskinder (unten § 150 b 2).

brauchbaren Sachen, insbesondere an Geld zugelassen (D. 7, 5, 1; 35, 2, 69). Dies wurde in der Weise konstruiert, daß der Nießbraucher Eigentümer der verbrauchbaren Sachen unter der — durch Bürgen sicher zu stellenden (S. 386) — Verpflichtung gleichwertiger Rückgewähr oder des Wertersatzes (D. 7, 5, 7) bei Beendigung des Nießbrauchs wurde[5]). Der juristische Charakter dieses sog. Quasiususfrukts ist ein ganz anderer als der des wahren Nießbrauchs. Denn es handelt sich hierbei nicht mehr um ein dingliches Gebrauchs- und Nutzungsrecht an einer fremden Sache. Dagegen ist der wirtschaftliche Zweck des quasi usufructus der gleiche wie der des verus usufructus, nämlich die zeitweilige Nutzbarmachung eines einem Anderen gehörenden Vermögensguts[6]).

Auf Grund des Senatuskonsults wurde ein Quasiususfrukt auch an unkörperlichen Sachen, besonders an Forderungen (usufructus nominis, D. 7, 5, 3)[7]) zu-

[5]) Vgl. D. 7, 5: De usufructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur. Vom unverzinslichen Darlehen unterscheidet sich die Hingabe von Geld zum Nießbrauch begrifflich durch die bei der Überlassung des Geldes vorwaltende Absicht der Beteiligten, praktisch dadurch, daß für das zum Nießbrauch gegebene Geld für Kautionspflicht, Einreden (keine exceptio SC. Macedoniani, S. 558) und Rückgabe die Grundsätze vom Nießbrauch, nicht die vom Darlehen anzuwenden sind. Ähnliche Rechtsverhältnisse liegen beim depositum irregulare (S. 585) vor, (nach ABGB. § 510 sind verbrauchbare Sachen kein Gegenstand der Fruchtnießung, „sondern nur ihr Wert").

[6]) Vgl. D. 7, 5, 2, 1: Quo senatus consulto non id effectum est, ut, pecuniae usufructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usufructus haberi. Ob der Nießbrauch an Kleidern als eigentlicher (I. 2, 4, 2) oder uneigentlicher (D. 7, 1, 15, 4 und D. 7, 9, 9, 3) zu behandeln ist, d. h. ob Kleider Konsumtibilien sind (S. 223), ist zweifelhaft.

[7]) Beim usufructus nominis erhält der Nießbraucher das Recht auf die Zinsen, falls die Forderung verzinslich ist, sowie das Recht bei Fälligkeit gegen Kautionsstellung die Forderung einzuziehen (anders ABGB. § 510); geht diese auf unverbrauchbare Sachen, so entsteht alsdann ein verus, sonst ein quasi usufructus. Wird jemandem der Nießbrauch seiner Schuld zugewendet, so braucht er während des Bestehens des Nießbrauchs weder Zinsen zu zahlen, noch die Schuld zurück zu zahlen (D. 7, 5, 3 u. 4).

gelassen. Auch an einem Gesamtvermögen (usus fructus bonorum, Nachlaß, D. 33, 2, 24, pr. u. 37) oder an einer Quote desselben kann demnach ein Nießbrauch bestellt werden, mit der Wirkung, daß er nach der Beschaffenheit der einzelnen Objekte teils als verus usus fructus, teils als quasi usus fructus zu betrachten ist. Der Nießbrauch an einem Vermögen erstreckt sich auf den Nettobetrag desselben nach Abzug der Schulden (D. 33, 2, 43 und 35, 2, 69).

2. Umfang des Nießbrauchsrechts.

*α.* Der Usufruktuar hat Anspruch auf die Nutzungen der Sache (und ihres Zubehörs, D. 7, 1, 9, 7, ABGB. § 511), d. h. auf ihren bestimmungsgemäßen Ertrag, wozu nicht gehören (S. 213): Fell und Fleisch verendeter Tiere (D. 7, 4, 30), der Schatz (D. 24, 3, 7, 12, ebenso ABGB. § 511), der partus ancillae (D. 5, 3, 27, pr.: quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant; D. 7, 1, 68, pr.: neque enim in fructu hominis homo esse potest), der Windbruch beim Waldnießbrauch (D. 7, 1, 12, pr., ebenso ABGB. § 511 „das forstmäßig geschlagene Holz"), die insula in flumine nata (D. 7, 1, 9, 4: „esse enim veluti proprium fundum"), wohl aber die sonstigen Akzessionen (S. 730). Beim Nießbrauch an einem Sklaven erhält der Usufruktuar nur, was der Sklave ex operis suis oder ex re fructuarii erwirbt (I. 2, 9, 4).

*β.* Der Nießbraucher darf die Sache nur „boni viri arbitratu" (D. 7, 9, 1, 3), d. h. so nutzen wie ein verständiger Eigentümer. Er darf sie daher nicht ihrer Bestimmung entgegen verwenden (D. 7, 1, 12, 1 u. 13, 8) und ebensowenig völlig umgestalten (z. B. aus einem Blumengarten einen Obstgarten machen, D. 7, 1, 13, 4).

*γ.* Der Eigentümer behält die nuda proprietas, kann über diese aber soweit verfügen, als der Nießbrauch dadurch nicht beeinträchtigt wird, sie also veräußern, verpfänden und mit Dienstbarkeiten belasten (D. 7, 1, 15, 7 und 16; über die Beschränkungen hinsichtlich der Bau-

führung vgl. ABGB. § 516). Er bleibt auch juristischer Besitzer, der Nießbraucher hat jedoch die Innehabung und Rechtsbesitz (S. 674); vgl. ABGB. §§ 309 u. 509.

δ. Der Nießbraucher erwirbt die natürlichen Früchte erst durch deren Einsammlung (Perzeption, D. 7, 1, 12, 5, S. 737; nach österr. Rechte durch Separation, die aber während der Dauer des Fruchtgenusses stattgefunden haben muß; arg. aus ABGB. § 519). Auf die bei Beendigung seines Nießbrauchs stehenden Früchte hat er somit keinerlei Anspruch, auch wenn er die Bestellung bewirkt hatte (D. 7, 4, 13; ebenso ABGB. § 519, doch muß der Eigentümer dem Fruchtnießer die auf deren Erzielung verwendeten Kosten, gleich einem redlichen Besitzer ersetzen). Über seinen Erwerb an Tierjungen vgl. S. 737[2].

Bei juristischen Früchten tritt, wenn der Nießbrauch innerhalb einer Zahlungsperiode endet, entsprechende Teilung zwischen Eigentümer und Nießbraucher ein (D. 7, 1, 26; ähnlich ABGB. § 519).

### 3. Verpflichtungen des Nießbrauchers.

Der Nießbraucher hat dem Eigentümer allen durch seine und seiner Leute (D. 7, 1, 65, pr.) unbefugte Benutzung der Sache erwachsenen Schaden zu ersetzen (ebenso ABGB. § 513), die laufenden Lasten[8]) zu tragen (D. 7, 1, 27, 3, ähnlich ABGB. § 512) und die Sache nach Beendigung des Nießbrauchs dem Eigentümer zurück zu gewähren. Die Erfüllung dieser Verpflichtungen muß er — da dem Eigentümer sonst eine Klage fehlen würde (vgl. die ähnliche Gestaltung bei der cautio damni infecti, S. 689) — durch stipulatio übernehmen und durch Bürgen (satisdatio) sicher

[8]) Beim Nießbrauch an Gebäuden hat er die kleineren Reparaturen zu bewirken (D. 7, 1, 7, 2), bei Herden den Abgang aus den Jungen zu ersetzen (sog. Summission, D. 7, 1, 68, 2 ff.); bis zur Entscheidung über die Summission ist das Eigentum an den Tierjungen schwebend (D. 7, 1, 70, 1; vgl. S. 683[7]). Für übermäßige Verwendungen auf die Nießbrauchsache kann der Nießbraucher nach den Vorschriften über die negotiorum gestio Ersatz verlangen (C. 3, 33. Ähnlich ABGB. § 517; über den Ersatz aus Bauführungen vgl. ABGB. §§ 514—516a.

stellen (sog. cautio usufructuaria).[9]) Bis dies geschehen, braucht der Eigentümer ihm die Sache nicht heraus zu geben und kann sie, falls dies schon geschehen, mit der rei vindicatio zurückfordern oder auch die Kautionsbestellung mit einer condictio incerti verlangen (D. 7, 1, 13, pr.; 7, 9, 7, pr.). Zwecks Beweises für den Restitutionsanspruch sind Nießbraucher und Eigentümer bei Beginn des Nießbrauchs einander verpflichtet, auf Feststellung des Zustands und Inventarisierung der Nießbrauchsachen mitzuwirken (D. 7. 9, 1, 4; ABGB. § 518).

4. Übertragbarkeit.

Eine Vererbung des Nießbrauchs, sowie eine Übertragung (oder Verpfändung) des Nießbrauchs seiner Substanz nach ist durch seine Natur als einer Personalservitut ausgeschlossen (S. 777, D. 7, 4, 3, 3: personae cohaeret, ABGB. § 485; vgl. jedoch D. 7, 4, 5, pr., Erstreckung des Nießbrauchs auf den Erben). Dagegen kann er der Ausübung nach übertragen (zB. durch Vermietung oder Verpachtung der Sache, D. 7, 1, 12; ebenso arg. aus ABGB. § 1257) und insoweit auch verpfändet werden (D. 20, 1, 11, 2). Hierbei erhalten der Nießbrauchszessionar und der

---

[9]) D. 7, 9: Usufructuarius quemadmodum caveat; vgl. D. 7, 9, 1, pr.: et usurum se boni viri arbitratu et, cum usus-fructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde exstabit.

Die Verpflichtung zur Bürgschaftsstellung fällt jedoch fort:

a. wenn der Nießbraucher nach einer bestimmten Zeit auch das Eigentum erhält (D. 7, 9, 9, 2);

b. für den Vater hinsichtlich des ihm am Vermögen seiner Kinder zustehenden gesetzlichen Nießbrauchs (C. 6, 61, 8, 4);

c. für den Ehemann, dem ein Nießbrauch als Dos bestellt ist (C. 5, 20, 2);

d. für den wiederheiratenden Ehegatten (coniux binūbus) hinsichtlich des ihm verbleibenden Nießbrauchs an dem den Kindern zu Eigentum zufallenden Vermögen (C. 5, 9, 6, 1);

e. wenn sie vom Eigentümer erlassen ist (C. 6, 55, 7), außer bei letztwillig zugewendetem Nießbrauch (C. 3, 33, 1).

Nach ABGB. hat der Nießbraucher nur ausnahmsweise Sicherheit zu leisten (§ 520).

Nießbrauchspfandgläubiger nicht nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Nießbraucher, sondern die dingliche Rechtsstellung des Nießbrauchers. Nur bleibt natürlich für die Beendigung des Nießbrauchs und die Pflicht zur Bestellung der cautio usufructuaria die Person des eigentlichen Nießbrauchers maßgebend[10]). Über den Einfluß der Beendigung des Nießbrauchs auf Miete und Pacht vgl. D. 19, 2, 9, 1.

5. Teilbarkeit.

Im Gegensatze zu den Grunddienstbarkeiten (S. 776) und den beschränkten Personalservituten ist ein Nießbrauch an ideellen Teilen eines Gegenstands zulässig (D. 35, 2, 1, 9: qui et dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt); ebenso nach österr. Rechte.

b. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten[11]).

1. Usus.

*a.* Usus ist das einer Person (im rR. meist durch Legat, zB. D. 7, 8, 2, 1) eingeräumte dingliche Recht auf bloße Benutzung einer fremden Sache, ohne das Recht der Fruchtziehung, und auch nur soweit, als es für das persönliche Bedürfnis des Usuars erforderlich ist. Daher ist die Übertragung — anders als beim Nießbrauch, S. 782 — nicht einmal der Ausübung nach zulässig und da die Benutzung eines ideellen Anteils undenkbar ist, ist ein usus an einem Bruchteil unzulässig (D. 7, 8, 19, ebenso ABGB. § 504).

Im späteren Rechte wurden die Befugnisse des Usuars — als dem vermutlichen Willen des Bestellers entsprechend (D. 7, 8, 12, 2: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum) — erweitert. Der Usuar

---

[10]) Nur wenn letztwillig der Nießbrauch jemandem mit der Auflage vermacht ist, ihn einem Anderen (als Fideikommiß, § 158 c 2) auf die Dauer weiter zu übertragen, gilt der Fideikommissar in allen Beziehungen als ursprünglicher Nießbraucher; D. 7, 9, 9, pr.

[11]) I. 2, 5, D. 7, 8: De usu et habitatione.

eines Hauses kann, sofern er nur selbst im Hause wohnt, außer seiner Familie und dem Gesinde auch Aftermieter aufnehmen (D. 7, 8, 4—7; anders ABGB. §§ 505—507). Beim usus an einer nur durch Fruchtziehung benutzbaren Sache (Acker, Landgut, Herde) ist ferner ein mäßiger Fruchtgenuß zu eigenem Gebrauche[12]) gestattet (D. 7, 8, 12, ebenso ABGB. § 505).

Ein quasi usus an verbrauchbaren Sachen ist nicht anerkannt. Ist zB. ein usus silvae (D. 7, 8, 22) oder pecuniae (D. 7, 5, 10, 1) zugewendet, so wird dies als Nießbrauch aufgefaßt.

β. Die Pflichten des Usuars gegenüber dem Eigentümer sind die gleichen wie die des Usufruktuars; er hat ebenfalls eine cautio (usuaria) zu stellen (D. 7, 9, 5, 3). Nur hat der Usuar nicht die Reparaturen und Lasten zu tragen, es sei denn, daß er allein den Vorteil der Sache hat (D. 7, 8, 18, ähnlich ABGB. §§ 508 und 520).

2. Habitatio

ist das einer Person zustehende Wohnrecht. Das Wohnrecht ist — ähnlich dem bei der Gutsüberlassung des sich „auf das Altenteil" setzenden Bauern an seinen Sohn auch heute noch häufig vorkommenden „Auszug" — zur Alimentation des Berechtigten bestimmt und daher als besonderen Regeln unterstehendes Rechtsinstitut behandelt (I. 2, 5, 5). Die habitatio endet nur mit dessen Tode, nicht auch — wie Nießbrauch und Gebrauchsrecht, unten S. 790 — mit

---

[12]) Dadurch unterscheidet sich usus und usufructus an solchen Sachen; vgl. I. 2, 5, 1: Minus autem scilicet iuris in usu est quam in usu fructu. namque is, qui fundi nudum usum habet, nihil alterius habere intellegitur, quam ut oleribus pomis floribus feno stramentis lignis ad usum cottidianum utatur: in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit: nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest, cum is qui usum fructum habet potest haec omnia facere.

Über den Unterschied zwischen ususfructus und usus an einem Sklaven vgl. I. 2, 9, 4 und D. 7, 8, 14 pr.

capitis diminutio oder durch non usus (D. 7, 8, 10, pr.), und ihre Ausübung ist nur gegen Entgelt (durch Vermietung oder Verkauf), nicht auch schenkungsweise übertragbar (C. 3, 33, 13, 1; vgl. ABGB. §§ 521 und 522).

3. Die operae servorum et animalium haben ebenfalls Alimentennatur. Sie gehen daher gleichfalls nicht durch capitis diminutio und non usus unter (vgl. D. 7, 7: De operis servorum). Ihre Ausübung kann jedoch auch ohne Entgelt überlassen werden. Über ihre Vererbung vgl. D. 33, 3, 2.[13])

## § 135. Entstehung der Dienstbarkeiten.

Servituten entstehen nach rR.: durch Rechtsgeschäft (a), richterliche Anordnung (b), und Ersitzung (c). Der Nießbrauch entsteht in gewissen Fällen unmittelbar durch Gesetz (d); vgl. ABGB. § 480.

### a. Entstehung durch Rechtsgeschäft.

#### 1. Allgemeines.

*α.* Eine Servitut bestellen kann nur der Eigentümer der zu belastenden Sache (D. 8, 4, 6, pr.). Zur Belastung von im Miteigentume stehenden Sachen ist Zusammenhandeln aller Eigentümer erforderlich (D. 8, 1, 2, S. 776[6]); nur ein Nießbrauch kann von jedem Miteigentümer an seinem Bruchteile bestellt werden (D. 7, 1, 5, S. 783). Auch der Emphyteuta und der Superfiziar können Servituten bewilligen, aber nur für die Dauer ihres Rechts (D. 7, 4, 1, pr.; 43, 18, 1, 9).

*β.* Erworben werden kann eine Personalservitut von jeder (natürlichen oder juristischen) Person, eine Grunddienst-

[13]) In den Quellen werden als persönliche Dienstbarkeiten Berechtigungen erwähnt, die regelmäßig als Grunddienstbarkeiten vorkommen (heute sog. irreguläre Personalservituten), zB. Wege-, Weide- oder Wasserrechte zugunsten des Erben oder eines bestimmten Mieters oder Pächters (zB. D. 7, 1, 32; 33, 3, 6; 8, 3, 4); vgl. ABGB. § 479 S. 777[1].

barkeit nur vom Eigentümer oder bei im Miteigentume stehenden Grundstücken von sämtlichen Miteigentümern (S. 762) des herrschenden Grundstücks, wohl auch — wenngleich die Quellen hierüber schweigen — vom Emphyteuta und Superfiziar, nicht aber vom Nießbraucher (D. 7, 1, 15, 7).

γ. Die Bestellung kann entweder durch ein allein hierauf gerichtetes Rechtsgeschäft oder gelegentlich einer Eigentumsübertragung erfolgen (sog. deductio servitutis), indem der Veräußerer durch eine lex (sc. contractus) rei dicta sich oder einem Anderen eine Personalservitut (D. 7, 1, 32) oder bei Veräußerung eines Grundstücks einem anderen in seinem Eigentume verbleibenden Grundstück eine Grunddienstbarkeit vorbehält oder das letztere Grundstück zugunsten des ersteren mit einer Grunddienstbarkeit belastet (D. 8, 4, 5 u. 6).[1])

2. Vermächtnis.

Die unmittelbare Begründung einer Servitut durch Vermächtnis (ursprünglich in der Form des Vindikationslegats, unten § 165 b 2) ist besonders häufig bei Personalservituten. Über das beim usus fructus legatus stattfindende ius accrescendi des Kollegatars ist im Vermächtnisrecht zu sprechen[2]).

3. Vertrag.

α. Die Bestellungsform des ius civile (sog. servi-

[1]) Streitig ist, ob die Veräußerung mit Zurückbehaltung einer Servitut als ein einheitliches Rechtsgeschäft (Übertragung belasteten Eigentums) anzusehen ist, oder ob neben dem Veräußerungsgeschäft der Vorbehalt als selbständiges Rechtsgeschäft anzusehen ist. Die Frage gewinnt dann Bedeutung, wenn die Übertragung an einen in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten erfolgt. Nach der letzteren Anschauung bedürfte er, da er Verpflichtungsgeschäfte nicht selbständig eingehen kann (S. 242), der Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters, nicht aber nach der ersten Anschauung, da es sich dann nur um ein einheitliches Erwerbsgeschäft handeln würde.

[2]) Heute kann durch Vermächtnis nicht unmittelbar (dinglich) eine Dienstbarkeit, sondern nur ein persönlicher Anspruch des Vermächtnisnehmers gegen den Erben auf Bestellung einer solchen begründet werden. Das Vermächtnis bildet nur den Titel. Der Onerierte muß erst die Servitut wirklich bestellen (ABGB. § 480).

tutes iure — sc. civili — constitutae) war der in iure cessio, für die zu den res mancipi zählenden (S. 203) Rustikalservituten, daneben noch die mancipatio (G. 2, 29 u. 30). Beide Formen waren aber nur bei ausschließlicher Beteiligung römischer Bürger und an den des dominium ex iure Quiritium fähigen Sachen (S. 681) anwendbar. Für den Fall der Beteiligung von Peregrinen und an Provinzialgrundstücken wurden Servituten nach prätorischem Recht erworben (sog. servitutes quae tuitione praetoris consistunt, vgl. D. 7, 4, 1, pr., 7, 9, 9, 1):

a. durch pactiones et stipulationes (G. 2, 31). Pactio ist der auf unmittelbare Hervorbringung der Servitut gerichtete formlose „dingliche" Vertrag (S. 439[1]), stipulatio ein nebenher gehender obligatorischer Vertrag, nämlich das von dem Bestellenden in Stipulationsform abgegebene Versprechen, eine Vertragsstrafe zahlen zu wollen, falls er (oder sein Erbe) den Erwerber in der Ausübung der Servitut hindern sollte (vgl. zB. D. 45, 1, 2, 5);

b. durch quasi traditio s. patientia, d. h. durch tatsächliche Ausübung unter ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung des Eigentümers (D. 8, 3, 1, 2; 8, 5, 16).

β. Später wurden diese prätorischen Begründungsformen auch unter römischen Bürgern und für italische Grundstücke neben den civilen Formen angewendet, die sie im justin. Recht völlig verdrängt haben. Nach justin. Recht entstehen also Servituten vertragsmäßig entweder durch dinglichen Vertrag mit formellem Strafgeding (pactionibus et stipulationibus, I. 2, 3, 4 und 2, 4, 1) wobei es einer der traditio bei der Eigentumsübertragung analogen tatsächlichen Einräumung dann nicht mehr bedarf, oder durch die tatsächliche Ausübung (quasi traditione, D. 7, 1, 25, 7), wobei umgekehrt der Abschluß einer formellen Stipulation nicht erforderlich ist[3]).

---

[3]) In das Gemeine Recht ist die Stipulation nicht übergegangen (S. 455[19]). Ein lebhafter Streit ist nun darüber entstanden, ob die Servituten gemeinrechtlich schon durch den bloßen formlosen dinglichen Vertrag auch vor erfolgter Ausübung (Savigny, Windscheid, Dernburg)

b. Entstehung durch richterliche Anordnung.

1. In Teilungsprozessen (S. 598, iudicia finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo) kann der Richter im Teilungsurteil an den zu teilenden Sachen Servituten begründen (D. 7, 1, 6, 1; 10, 2, 22, 3; vgl. ABGB. § 842 u. EO. § 351).

2. Über die Begründung eines Notwegs (iter ad sepulcrum, D. 11, 7, 12, pr.) durch Richterspruch vgl. S. 697[13], für das österr. Recht das Ges. vom 7. Juli 1896, RGB. Nr. 140.

c. Ersitzung der Servituten.

1. Ursprünglich wurden Servituten vom Eigentümer durch ein- und zweijährige Ersitzung (usucapio servitutium) erworben (S. 716). Durch eine lex Scribonia wurde die Servitutenersitzung, da sich dadurch bloße nachbarliche Gefälligkeiten bald in rechtlich wirksame Belastungen umwandelten, überhaupt beseitigt (D. 41, 3, 4, 28). Da hierdurch aber wieder umgekehrt die Servitutberechtigten gefährdet wurden, weil sie mangels der Berufung auf Ersitzung stets ihren Erwerbstitel nachweisen mußten, wurde in der Kaiserzeit durch die Rechtsprechung eine besondere Ersitzungsart (longa quasi possessio, diuturnus usus, D. 8. 5, 10, pr.) eingeführt, die voraussetzte:

α. quasi possessio, d. h. Vornahme von Ausübungshandlungen;

β. tempus, nämlich „exemplo longae praescriptionis (S. 716): 10 Jahre inter praesentes, 20 inter absentes (C. 7, 33, 12, 4);

γ. non vitiosa possessio (nec vi nec clam nec precario ab adversario, S. 645).

---

oder nur durch hinzutretende Quasitradition entstehen (Karlowa, Lenel, die davon ausgehen, daß die Stipulationen im rR. die Bedeutung hatten, die Tradition zu ersetzen).

Nach ABGB. § 481 können Servituten auf unbewegliche Sachen und überhaupt auf solche Gegenstände, die im Grundbuche eingetragen sind, nur durch die Eintragung ins Grundbuch erworben werden. Bei Servituten an beweglichen Sachen ist zum Erwerb die Übergabe der Sache nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 426—428, erforderlich.

Nicht erforderlich war iustus titulus und bona fides. Die Wirkung der Ersitzung war der Erwerb einer dem Umfange der Besitzhandlungen entsprechenden Servitut: „quantum possessum, tantum praescriptum".

2. So ist die Servitutenersitzung in das justin. Recht übergegangen[4]).

### d. Entstehung durch Gesetz.

Unmittelbar durch Gesetz entsteht nur der Nießbrauch (usus fructus legalis) und zwar für den Vater in einigen im Familienrechte zu besprechenden Fällen, insbesondere an den bona adventicia regularia der Hauskinder[5]).

---

[4]) Gemeinrechtlich sind die Einzelheiten der Servitutenersitzung äußerst streitig, insbesondere ob sie auch auf serv. discontinuae (S. 771[4]), persönliche und negative Servituten zu beziehen ist, ob sie gleich der Eigentumsersitzung Titel und bona fides des Ersitzenden voraussetzt und ob sie auch gegenüber unersitzbaren, insbesondere fiskalischen Sachen zulässig ist.

Nach österr. Recht ist betreffs der Servitutenersitzung zu unterscheiden zwischen a. beweglichen und b. unbeweglichen Sachen:

a. für die Servitutenersitzung an beweglichen Sachen gelten die nämlichen Erfordernisse wie für die gewöhnliche Ersitzung (§ 1460); die Ersitzungszeit beträgt drei Jahre (§ 1466), bei unrechtmäßigem Besitze 30 Jahre, gegen juristische Personen 6 bezw. 40 Jahre; hinsichtlich der Begünstigung Abwesender vgl. § 1475;

b. bei unbeweglichen Sachen erzeugt die Ersitzung nur einen Rechtstitel (§ 480), der Erwerb der Servitut erfolgt erst durch die Intabulation (§ 1498). Die Ersitzungszeit beträgt 30 Jahre (§ 1470), gegen juristische Personen 40 Jahre (§ 1472). Bei Servituten, welche selten ausgeübt werden können, muß der Ersitzende außerdem beweisen, daß der Fall zur Ausübung innerhalb der Ersitzungszeit sich dreimal ergeben und er jedesmal dieses Recht ausgeübt hat (§ 1471). Es genügt redlicher und echter Besitz.

[5]) Nach deutschem Recht erwirbt auch der Ehemann an dem Eingebrachten der Frau Verwaltung und Nießbrauch (sog. usus fructus maritalis); vgl. ABGB. § 1228, dann ABGB. § 757 (Fruchtgenußrecht des überlebenden Ehegatten). Weitere Legalservituten konstituiert das Forstgesetz und das Reichswasserrechtsgesetz.

## § 136. Untergang der Dienstbarkeiten.

Gründe für das Erlöschen der Servituten sind[1]):

a. Untergang des herrschenden Subjekts.

Grunddienstbarkeiten enden mit dem Untergange des herrschenden Grundstücks (D. 8, 6, 3, ABGB. § 525), persönliche Dienstbarkeiten mit dem Tode des Berechtigten (I. 2, 4, 3, vgl. ABGB. § 485), es sei denn, daß sie auch für die Erben bestellt sind (D. 45, 1, 38, 12). Der einer juristischen Person zustehende Nießbrauch endet mit ihrem Wegfall (D. 7, 4, 21), außerdem aber — zur Vermeidung einer dauernden Trennung des Eigentums und des Nutzungsrechts — mit Ablauf von 100 Jahren seit der Bestellung[2]).

Ususfructus und usus (nicht aber habitatio und operae, S. 784, 785) enden ferner durch capitis diminutio der Berechtigten, seit Justinian (C. 3, 33, 16, 2) aber nicht mehr durch c. d. minima (S. 184).

b. Untergang der dienenden Sache.

Die Servitut endigt durch den Untergang, der Nießbrauch auch schon durch eine wesentliche Veränderung der dienenden Sache. Ein an einem Hause bestellter Nießbrauch besteht zB. nach dem Abbrennen des Hauses an der Grundfläche (area) nicht fort (D. 7, 4, 5, 2; vgl. ABGB. § 525).

c. Konfusion.

Prädialservituten erlöschen (sog. confusio), wenn das herrschende und das belastete Grundstück ganz (S. 776[6]) in die Hand desselben Eigentümers kommen (D. 8, 6, 1), und leben durch eine erneute Veräußerung nicht von selbst wieder auf (D. 8, 2, 30, pr., vgl. D. 8, 1, 18, anders ABGB. § 526). Ebenso erlischt der Nießbrauch (sog.

---

[1]) D. 7, 4: Quibus modis usus fructus vel usus amittitur; D. 8, 6: Quemadmodum servitutes amittuntur.

[2]) D. 7, 1, 56. In das ABGB. ist dies nicht übergegangen.

consolidatio), wenn der Nießbraucher Eigentümer wird oder letzterer — was zulässig ist, S. 778 — den Nießbrauch zurückerwirbt (I. 2, 4, 3).[3])

d. Verzicht.

Alle Servituten erlöschen durch Verzicht. Nach Civilrecht bedurfte es einer Remanzipation oder Rückzession an den Eigentümer, also seiner Mitwirkung, nach justin. Recht genügt die einseitige Erklärung des Berechtigten, die auch durch konkludente Handlungen (Gestattung einer der Servitut widersprechenden Anlage, D. 8, 6, 8, pr.) abgegeben werden kann (anders nach ABGB. §§ 938, 1381; vgl. auch ABGB. §§ 444, 445, unten Anm. 3).

e. Verjährung.

Alle Servituten, mit Ausnahme von habitatio und operae (S. 784, 785), des iter ad sepulcrum (D. 8, 6, 4) sowie des ususfructus alternis annis legatus (D. 7, 4, 28), verjähren durch Nichtgebrauch (non usus); bei Gebäudeservituten ist aber außerdem usucapio libertatis erforderlich, d. h. das dienende Grundstück muß in einen die Ausübung der Servitut unmöglich machenden Zustand gesetzt sein[4]).

---

[3]) Nach ABGB. enden dingliche Rechte an Grundstücken, wie sie nur durch Eintragung entstehen (S. 678[1]), so nur durch Löschung im Grundbuche (ABGB. §§ 444 und 445), nicht also durch bloße Konfusion (§ 1446).

[4]) Vgl. D. 8, 2, 6. Das ABGB. kennt als Erlöschungsgründe sowohl den non usus als die usucapio libertatis.

Ersterer setzt, gleichgiltig ob die Servitut intabuliert ist oder nicht, 30jährige (§ 1479), bei Servituten juristischer Personen 40jährige Nichtausübung (§ 1485) voraus, welche Zeit sich bei diskontinuierlichen Servituten um den Zeitraum, innerhalb dessen dreimalige Gelegenheit zur Ausübung des Rechts war, nötigenfalls verlängert (§ 1484). Bezüglich der usucapio libertatis wird gefordert, daß sich der durch die Servitut Belastete durch Tat oder Wort der Servitutausübung widersetzt, und der Berechtigte durch drei aufeinander folgende Jahre sein Recht nicht gerichtlich geltend macht ( § 1488). Zugunsten freiwillig Abwesender verlängert sich die Verjährungszeit nach § 1475; juristische Personen genießen keine Begünstigung. Die Verjährung bewirkt jedoch nur bei

Die Verjährungszeit betrug ursprünglich 1 Jahr bei Mobilien, 2 Jahre bei Grundstücken; Justinian führte in C. 3, 33, 16 und 3, 34, 13 die zehnjährige (inter praesentes) und zwanzigjährige Frist (inter absentes) der longi temporis praescriptio (S. 714) ein. Über den non usus bei diskontinuierlichen Servituten vgl. D. 8, 6, 7.

### f. Auflösende Bedingung und Zeitbestimmung.

Personalservituten enden durch Eintritt der ihnen anhaftenden auflösenden Bedingung oder Zeitbestimmung. Bei Prädialservituten war eine Bestellung auf Zeit anfänglich unzulässig; später ließ man sie in der Weise zu, daß die Servitut zwar ipso iure auch nach Eintritt der condicio oder des dies bestehen blieb, der Eigentümer des dienenden Grundstücks aber ope exceptionis (pacti s. doli) dem auf die Servitut gestützten Anspruch begegnen konnte (D. 8, 1, 4; vgl. ABGB. §§ 527 und 528).

## § 137. Rechtsschutz der Dienstbarkeiten.

Die Dienstbarkeiten genießen petitorischen und possessorischen Rechtsschutz. Über den letzteren ist schon oben S. 675 gesprochen. Dem petitorischen Schutze des Servitutberechtigten (vindicatio s. petitio servitutis) dient eine besondere Klage, die actio confessoria, das Gegenstück[1]) der actio negatoria (S. 754), mit welcher sich der Eigentümer einer Sache gegen die Inanspruchnahme einer Servitut an dieser wehrt[2]).

---

beweglichen Sachen und nicht intabulierten Grundstücken Erlöschung der Servitut; intabulierte Servituten hören erst durch die Intabulation der Löschung auf (§§ 444, 445); die Verjährung erzeugt nur ein Recht zur Klage auf Löschung (1499).

[1]) Vgl. ihre Zusammenstellung in D. 7, 6: Si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur; und D. 8, 5: Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur.

[2]) Mit der actio confessoria klagt also der „Servitutenprätendent", mit der negatoria wird er verklagt; vgl. I. 4, 6, 2. Die nicht einheitlich festgestellte, sondern der beanspruchten Servitut anzupassende

a. Voraussetzungen der actio confessoria.

1. Die actio confessoria setzte nach Civilrecht (als actio directa) eine servitus iure (sc. civili) constituta (S. 786) voraus, also eine civile Erwerbsart (S. 701), Bestellung durch den quiritischen Eigentümer der dienenden und (bei Grunddienstbarkeiten) an den quiritischen Eigentümer der herrschenden Sache. Die serv. tuitione praetoris constitutae wurden durch eine utilis confessoria actio geschützt, wenn sie durch pactio et stipulatio oder durch longi temporis quasi possessio entstanden waren, durch eine Publiciana confessoria actio, wenn sie durch quasi traditio begründet waren.

2. Nach justin. Rechte dient die actio confessoria directa ohne Rücksicht auf die Erwerbsart dem Schutze jedes Berechtigten bei der Personalservitut und jedes Eigentümers (oder auch nur Miteigentümers, D. 8, 5, 4, 3) des herrschenden Grundstücks bei der Prädialservitut. Emphyteuta, Superfiziar und Pfandgläubiger des herrschenden Grundstücks haben zur Geltendmachung der diesem zustehenden Prädialservituten eine utilis actio confessoria (D. 8, 1, 16).

Die Publiciana confessoria actio dient nunmehr dem Schutze des redlich, aber fehlerhaft (zB. vom Nichtberechtigten) erworbenen Servitutenbesitzes (D. 6, 2, 11, 1). Die Wirkung der Publiciana confessoria ist in der gleichen Weise beschränkt (besser oder gleich Berechtigten gegenüber, S. 758) wie die der Publiciana in rem actio.

b. Ziel der actio confessoria.

Die Klage geht auf Anerkennung der Servitut und Unterlassung störender Handlungen (zB. Beseitigung eines die

---

Formel der confessoria begann also zB.: Si paret A° A° ius esse eundi agendi per fundum Cornelianum usw., die Formel der negatoria: Si paret N° N° ius non esse eundi agendi per fundum Cornelianum invito A° A° usw.

Die actio confessoria geht aber nicht nur gegen den Eigentümer, sondern als dingliche Klage gegen jeden Störer, (D. 8, 5, 10, 1). Nur die servitus oneris ferendi geht nur gegen den dominus aedium (D. 8, 5, 6, 3). Die Grundsätze über die ficta possessio (S. 745) finden entsprechende Anwendung (D. 7, 6, 6).

Ausübung des Wegerechts hindernden Zauns). Sind fernere Störungen zu befürchten, so kann cautio de non amplius turbando beansprucht werden (D. 8, 5, 7). Im Fall eines Verschuldens haftet der Beklagte auf Schadensersatz[3]).

---

[3]) Für das österr. Recht vgl. ABGB. § 523, welcher die actio confessoria und negatoria behandelt.

Im Anschluß an die Servituten wären noch zu erwähnen die Reallasten, welche die ältere Theorie als in einem Tun bestehende Servituten auffaßte.

Reallasten sind Belastungen eines Grundstücks, die dessen jeweiligen Eigentümer zu wiederkehrenden Leistungen (Tun oder Geben) aus dem Grundstücke verpflichten. Dem rR. waren derartige Belastungen nach dem Grundsatze „servitus in faciendo consistere nequit“ (S. 771) völlig fremd. Für die deutsche Rechtsentwicklung haben sie dagegen eine große Bedeutung.

Da sie die freie Verfügung über den Grundbesitz erschweren, ist in neuerer Zeit ihre Ablösung ins Werk gesetzt worden, aber nicht überall durchgeführt. Das ABGB. hat dieses Institut nicht geregelt, wohl aber ergibt sich aus ABGB. § 530, daß Reallasten nicht als dingliche Rechte anzusehen sind. Für das heutige deutsche Recht vgl. DBGB. §§ 1105—1112.

# Fünfter Abschnitt. Das Pfandrecht.

## § 138. Begriff und Entwicklung des Pfandrechts.

### a. Begriff des Pfandrechts[1]).

Pfandrecht im objektiven Sinn ist das das Pfandrecht im subjektiven Sinne regelnde Rechtsinstitut. Pfand-

---

[1]) Römisches und heutiges Recht.

a. Bis auf das ABGB.

Das Pfandrecht des heutigen Rechts steht in einem nur losen Zusammenhange mit dem römischen Pfandrecht. Bei der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland ist zwar, da die Aufnahme „in complexu" erfolgte, zunächst auch das Pfandrecht mitrezipiert worden. Das war ein schwerer Fehler, denn das römische Pfandrecht paßte durchaus nicht für die deutschen Verhältnisse. Die seit dem 17. Jahrhundert beginnende Reaktion gegen die unterschiedslose Aufnahme des fremden Rechts setzte daher auf diesem Gebiete mit besonderem Erfolge ein. Das römische Pfandrecht hat zwar eine feine juristische Durchbildung erfahren, gehört aber in wirtschaftlicher Beziehung zu den schwächsten Partien des rR. Die Formlosigkeit der Begründung (S. 802) und die Zulassung der gesetzlichen und der Generalhypotheken (S. 807, 811) sowie der zahlreichen Pfandprivilegien (unten § 141 b) vernichtete jeden gesunden Realkredit; denn wer zB. auf ein Grundstück Geld lieh, vermochte absolut nicht festzustellen, welche Pfandrechte dem seinen bei einer etwa erforderlich werdenden Zwangsvollstreckung in die verpfändete Sache vorgehen würden. So erklärt es sich, daß die Sicherstellung in Rom vorzugsweise durch Bürgen, nicht durch Pfänder erfolgte (S. 386[4], vgl. zB. D. 46, 5, 7) und daß Justinian in Nov. 72, 6 die Vormünder anwies, die Mündelgelder lieber zinslos im Kasten liegen zu lassen, als auf Grundstücke auszuleihen.

Für Rom hatte — bei der vorherrschenden Bedeutung des Handels und damit des mobilen Kapitals — der Mangel eines brauchbaren Pfandrechts und hierdurch eines gesicherten Realkredits nicht die gleiche

recht im subjektiven Sinn ist das an einem fremden Vermögensstücke („Pfand") bestehende dingliche Recht, vermöge

---

Bedeutung, wie für Deutschland; denn hier beruhte das Vermögen zum großen Teil auf dem Grund und Boden. Das Eindringen des römischen Pfandrechts führte nun eine solche Verwirrung der Grundkreditverhältnisse herbei, daß ein Zurückgreifen auf die vor der Rezeption ausgebildeten deutschrechtlichen Gedanken und deren Fortbildung zwecks Anpassung an die Bedürfnisse des neueren Verkehrs unabweisbar war. Diese Gedanken waren:

1. Der Grundsatz der Publizität (Erkennbarkeit) des Pfandrechts, d. h. das Pfandrecht muß in einer nach außen hin sichtbaren Weise begründet werden. Für Pfandrechte an Grundstücken wurde dieser Grundsatz in der Weise verwirklicht, daß ihre Entstehung an die Eintragung in ein öffentliches Buch (Hypothekenbuch) geknüpft wurde; für Mobilien in der Weise, daß an ihnen ein Pfandrecht nicht durch bloßen Vertrag bestellt werden konnte (also keine „Hypothek an Mobilien"), sondern ausschließlich durch wirkliche Besitzübergabe (also nur als pignus).

Diese Verschiedenheit der Entstehung bedingte eine völlige Trennung des Immobiliar- und des Mobiliarpfandrechts.

2. Der Grundsatz der Spezialität (certa res, certa pecunia), d. h. ein Pfandrecht besteht nur an bestimmten Sachen (Unzulässigkeit von gesetzlichen und von Generalpfandrechten) und nur zur Sicherung von Forderungen bestimmter Höhe.

b. Das Pfandrecht des ABGB.

Das ABGB. behandelt das Immobiliar- und Mobiliarpfandrecht nicht gesondert, sondern gemeinsam in den §§ 447—470. Das Mobiliarpfand wird Handpfand, das Immobiliarpfand Hypothek oder Grundpfand genannt (§ 448). Der Unterschied hinsichtlich der Erwerbung und Erlöschung des Pfandrechts, bei diesen beiden Pfandarten ergibt sich aus dem Institute der öffentlichen Bücher und der publica fides des Grundbuchs, und wird an geeigneter Stelle ausgeführt werden.

Außer den vorstehend unter 1 und 2 erwähnten Grundsätzen der Publizität und Spezialität gelten für das Pfandrecht nach österr. Rechte noch folgende Grundsätze:

1. Das Pfandrecht ist ein akzessorisches Recht einer Forderung. Das Pfandrecht kann ohne gültige Forderung nicht bestehen und erlischt mit deren Tilgung (ABGB. §§ 449 und 469 Abs. 1). Ausnahmen hiervon vgl. ABGB. §§ 465, 469 Abs. 2, 1378 und 1500. Das österr. Recht kennt daher im Gegensatze zum deutschen BGB. weder die Grundschuld noch die Rentenschuld.

2. Das Pfandrecht besteht nur an fremden Sachen. Das österr. Recht kennt daher nicht die nach deutschem BGB. statthafte Eigentümerhypothek. Ausnahmsweise kann das bücherliche Pfandrecht

dessen der Berechtigte sich aus diesem Vermögensstücke wegen eines gewährten Kredits Befriedigung verschaffen kann.

1. Das Pfandrecht ist hiernach ein dingliches Recht (ebenso ABGB. § 447). Dies wird von manchen freilich bestritten, indem sie es als ein Forderungsrecht gegen die Sache (Vangerow) oder gegen deren jedesmaligen Eigentümer (Sohm, also als obligatio in rem scripta) auffassen. Unterstützt wird diese Ansicht scheinbar durch die Quellen, die gewöhnlich von „rem obligare" und „rei obligatio" im Sinne von Verpfändung sprechen (D. 20, 6, 11). Aber diese Ausdrucksweise erklärt sich dadurch, daß obligare die allgemeine Bedeutung der „Herstellung eines rechtlichen Bandes" eines „rechtlichen Gebundenseins" hat, was ebensogut auf Personen wie auf Sachen andwendbar ist. Daß das Pfandrecht ein dingliches Recht ist, ergibt sich daraus, daß es nicht nur dem Verpfänder, sondern auch jedem Dritten gegenüber wirkt (unten § 140 c 2), daß ihm also das Kennzeichen des normalen dinglichen Rechts (S. 640), die absolute Wirkung eigen ist; ferner daraus, daß es den später an der Sache begründeten dinglichen Rechten gegenüber ein Vorzugsrecht (unten § 141 b) und im Konkurs ein Absonderungsrecht gewährt (vgl. KO. §§ 31—42).

Über die Natur des Pfandrechts an unkörperlichen Sachen vgl. unten S. 810.

2. Das Pfandrecht ist ferner ein dingliches Recht an einer fremden Sache, also ein ius in re aliena (S. 641,

---

trotz Konsolidation fortbestehen (ABGB. § 1446), solange es nicht bücherlich gelöscht wurde.

3. Das Pfandrecht geht begrifflich nicht auf eine Leistung des Eigentümers der verpfändeten Sache. Dieser hat, wenn er nicht zugleich Schuldner ist, nur die Befriedigung aus der Pfandsache zu gestatten (ABGB. § 447).

4. Das Pfandrecht haftet ungeteilt auf der ganzen verhafteten Sache, bis zur vollen Befriedigung der Pfandschuld (ABGB. § 847; pignoris causa indivisa).

5. Das Pfandrecht ist ein veräußerliches Recht.

6. Die Grundsätze über den Schutz des gutgläubigen Erwerbes des Eigentümers (ABGB. § 367, S. 679[1a]) finden auch auf den Erwerb des Pfandrechts Anwendung (ABGB. § 456).

D. 9, 4, 30; ebenso nach ABGB.). Es kann nach römischem wie nach österr. Recht an der eigenen Sache weder begründet werden, noch — von einzelnen positiven Ausnahmen abgesehen — sich nach Erwerb der Pfandsache durch den Gläubiger an ihr erhalten (anders die Eigentümerhypothek nach DBGB. §§ 1143, 1163, 1168).

3. Das Pfandrecht soll dem Gläubiger einer Forderung für deren Eingehen eine Sicherheit gewähren. Das Pfandrecht ist also nach rR., wie nach ABGB. § 449, ein akzessorisches Recht: es ist daher von dem Entstehen und Bestehen der gesicherten Forderung abhängig;

4. Das Pfandrecht bezweckt die Sicherung des Gläubigers für einen dem Schuldner eingeräumten Kredit. Kredit ist das „Anvertrauen" eines Vermögensstücks gegen das Versprechen späterer Rückgewähr oder Gegenleistung. Die Kreditgewährung geschieht hauptsächlich durch Hingabe von Geld, so beim Darlehen, aber auch durch Übergabe anderer Sachen, so beim Kauf mit Stundung des Kaufpreises, oder durch Einräumung eines Gebrauchs, so bei der Miete im Falle der „Postnumerando-Zahlung" des Mietszinses.

Vertraut der kreditierende Gläubiger lediglich der Person des Schuldners oder eines ihm von diesem gestellten Nebenschuldners (Bürgen, S. 600), so spricht man vom Personalkredit, im Gegensatze zum Realkredit, wenn der Gläubiger durch Verpfändung einer bestimmten Sache gesichert wird. In Rom diente die Verpfändung wegen der notwendig akzessorischen Natur des Pfandrechts nur der Verstärkung des Personalkredits, der überhaupt eine weitaus größere Rolle spielte als der Realkredit (S. 386[4]); heute liegt bei der Grundschuld des deutschen BGB. ein lediglich auf eine Sache gegründeter Realkredit vor.

5. Aus dem Pfande soll der Gläubiger im Notfalle seine Befriedigung erhalten; ebenso ABGB. § 447. Das Pfandrecht ergreift daher eine fremde Sache hinsichtlich ihres Verkaufs- (Tausch-) werts, während die übrigen iura in re aliena sie in Ansehung ihres Gebrauchswerts erfassen. Durch Ausübung des Pfandrechts wird, im Gegensatze zu den sonstigen

dinglichen Rechten, die belastete Sache dem Eigentümer entzogen. Das Pfandrecht ermöglicht daher nur eine einmalige, die übrigen dinglichen Rechte vermitteln eine dauernde Ausübung.

### b. Entwicklung des römischen Pfandrechts[2]).

Das römische Pfandrecht hat sich — abgesehen von der dem öffentlichen Recht angehörenden und besonders gestalteten praediatura, S. 715[6] — geschichtlich in 3 Formen entwickelt: als fiducia, Verpfändung durch Eigentumsübertragung, als pignus, Verpfändung durch Besitzübertragung, und als hypotheca, Verpfändung durch bloßen Verpfändungsvertrag. Im justinianischen Recht ist die fiducia fortgefallen, pignus und hypotheca sind zu einem Institut vereinigt.

#### 1. Fiducia.

Das altrömische Recht kannte ein eigentliches Pfandrecht, d. h. ein besonderes, unmittelbar der realen Sicherstellung eines Gläubigers dienendes ius in re aliena, überhaupt nicht. Der wirtschaftliche Zweck der Sicherstellung wurde durch Eigentumsübertragung mit entsprechender Nebenabrede erreicht (S. 151[5]). Die Pfandsache wurde dem Pfandgläubiger durch mancipatio oder in iure cessio zu vollem quiritarischem Eigentum übertragen; vermöge eines daneben vereinbarten pactum fiduciae verpflichtete er sich aber obligatorisch, die Sache getreu zu bewahren und nach Tilgung seiner Forderung dem Verpfänder durch remancipatio zurück zu übereignen. Der Anspruch auf Rückgabe, der nur gegen den Gläubiger, nicht gegen einen Dritten ge-

---

[2]) Die Quellen behandeln das Pfandrecht in seinen dinglichen Beziehungen vornehmlich in den verschiedenen Titeln des 20. Buchs der Digesten (D. 20, 1: De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum), das persönliche Schuldverhältnis zwischen Verpfänder und Pfandnehmer (pignus im Sinne von Verpfändungsvertrag) in D. 13, 7: De pigneraticia actione vel contra; vgl. ferner Codextitel 8, 13—34; 4, 24. Der Hauptschriftsteller über das Pfandrecht war Marcian (S. 119), einer der nachklassischen Juristen (liber singularis ad formulam hypothecariam).

richtet werden konnte, wurde mit einer actio fiduciae geltend gemacht. Sie war die älteste actio bonae fidei und zog, wenn sie durchdrang, infamia nach sich.

Beim pactum fiduciae wurden zwei Klauseln üblich: einmal des pactum de vendendo, wonach der Gläubiger bei nicht rechtzeitiger Zahlung die Sache behufs Befriedigung aus dem Erlöse verkaufen, und ferner die lex commissoria, wonach er im gleichen Falle sie an Stelle der Forderung endgültig für sich behalten durfte.

Der Hauptmangel der fiducia war, daß sie dem Gläubiger mit dem Eigentum eine weit über den Sicherungszweck hinausgehende Verfügungsmacht über die Sache gewährte, so daß der Schuldner auf die Ehrlichkeit des Gläubigers angewiesen war. Über die usureceptio fiduciae vgl. S. 715[6].

2. Pignus[3]).

Bei dem pignus im älteren Sinne wurde dem Pfandgläubiger nicht das Eigentum, sondern der juristische (abgeleitete, S. 644[4]) Besitz der Pfandsache übertragen. Der Gläubiger genoß Interdiktenschutz (S. 663) und durfte die Sache bis zur Tilgung der Forderung zurückbehalten. Dagegen hatte er kraft Gesetzes weder ein dingliches Verfolgungs- noch ein Verwertungsrecht. In der Kaiserzeit wurde das pactum de vendendo s. distrahendo und die lex commissoria auch beim pignus zulässig.

3. Hypotheca.

Sie entstammte dem griechischen Rechte (ὑποτίθημι). In Rom wurde sie vom Prätor zuerst beim Pachtverhältnis anerkannt. Der Pächter, der den Besitz und Gebrauch seines Inventars zur Bewirtschaftung des Guts nicht ent-

---

[3]) Pignus stammt von πήγνυμι (befestigen). Vgl. dagegen die (wie regelmäßig) unzureichende Quellenerklärung in D. 50, 16, 238, 2: Pignus appellatum a pugno (Faust), quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. Auf Grund dieser Etymologie ist wahrscheinlich pignus mit „Faustpfand" übersetzt worden, ein Ausdruck, der erst nach der Rezeption vorkommt.

behren konnte, konnte es zur Sicherung des Pachtzinses weder durch fiducia noch durch pignus dem Verpächter verpfänden. Der Prätor ließ daher eine bloß wörtliche Verpfändung, die sogar später als stillschweigend mit der Einbringung des Inventars erfolgt angesehen wurde (S. 545[12]), mit dem Inhalte zu, daß der Verpächter das Inventar (die „Invekten und Illaten" des Pächters) pfandweise sollte zurückbehalten dürfen. Der Verpächter erhielt gegen den ohne Berichtigung des Pachtzinses abgezogenen Pächter zunächst das interdictum Salvianum zur Erlangung des Besitzes der ihm verpfändeten Illaten des Pächters und später auch eine dingliche Klage, die actio Serviana, auf Herausgabe dieser Sachen gegen jeden Erwerber. Nach und nach wurde eine Klage nach diesem Muster („utiliter", S. 350) auch für andere Forderungen wegen anderer hypothekarisch verpfändeter Gegenstände als utilis oder quasi Serviana oder hypothecaria actio gegeben[4]). Damit war ein neues, auf bloßem Vertrage ruhendes Pfandrecht, die hypotheca, durch die prätorische Rechtsentwicklung geschaffen worden. Was die Veräußerungsbefugnis betrifft, so wurde das pactum de vendendo für pignus und hypotheca eine so regelmäßige Abrede, daß es in der späteren Kaiserzeit bei einer Verpfändung seiner ausdrücklichen Festsetzung nicht mehr bedurfte, sondern das Verkaufsrecht als stillschweigend eingeräumt galt. Es wurde nunmehr umgekehrt zu seiner Ausschließung ein besonderes pactum de non vendendo notwendig. Im justin. Recht endlich erschien das Verkaufsrecht als so wesentlich für das Pfandrecht, daß selbst eine solche ausdrückliche Abrede die Verkaufsbefugnis nicht ausschloß, sondern nur eine dreimalige Verkaufsanzeige erforderlich machte (D. 13, 7, 4; unten S. 819). So wurde das Verkaufsrecht aus einem ursprünglichen accidentale (S. 236)

[4]) I. 4, 6, 7: Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecasve persequuntur.

zunächst zu einem naturale und endlich zu einem essentiale des Pfandvertrags. Dagegen war die lex commissoria seit Konstantin unzulässig, unten S. 820.[5])

## § 139. Entstehung des Pfandrechts.

Das Pfandrecht kann entstehen: durch Rechtsgeschäft (pignus voluntarium), durch richterliche Verfügung (pignus iudiciale) und unmittelbar kraft Rechtssatzes (pignus legale). Die beiden letzteren Arten sind Fälle des pignus necessarium (vgl. ABGB. § 449).

### a. Rechtsgeschäftliches Pfandrecht.

Die rechtsgeschäftliche Einräumung eines Pfandrechts erfolgt vorzugsweise durch Vertrag (pignus conventionale); daneben ist eine Begründung durch Vermächtnis (pignus testamentarium, D. 13, 7, 26, pr., ebenso ABGB. § 449) möglich.

1. Der Pfandvertrag bedarf nach justin. R. keiner Rechtsform. Solange hypotheca und pignus jedoch einander noch nicht gleichgestellt waren, entstanden aus der bloßen Verabredung der Bestellung eines Faustpfandes noch keine Rechtsfolgen; der Verpfändungsvertrag (contractus pigneraticius, pignus in diesem Sinne) war vielmehr

---

[5]) In D. 20, 1, 5, 1 sagt Marcian: Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt; vgl. I. 4, 6, 7, D. 13, 7, 9, 2. Über die aus der Gleichstellung sich ergebenden Folgen vgl. unten S. 803[1], 814.

Die Gleichstellung zeigt sich auch in der Formel der dinglichen Pfandklage (actio hypothecaria und actio pigneraticia in rem), die Lenel (in seinem Edictum perpetuum, S. 109) wie folgt wiederherstellt: Si paret inter A^m A^m (Gläubiger) et Lucium Titium (Verpfänder) convenisse, ut ea res q. d. a. A^o A^o pignori hypothecaeve esset propter pecuniam debitam eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A^m A^m stare quominus solvatur satisve fiat, nisi ea res arbitratu tuo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o condemna, s. n. p. a.

einer der (4) benannten Realverträge (S. 451) und setzte daher zu seiner Entstehung Übergabe der Sache voraus, da er ohne diese einer causa civilis entbehrt hätte und daher klaglos gewesen sein würde. Dies hörte nach der Gleichstellung von pignus und hypotheca auf [1]).

2. Der Pfandvertrag wird geschlossen zwischen dem Gläubiger der zu sichernden Forderung und dem Verpfänder.

α. Die zu sichernde Forderung kann bedingt oder betagt sein (ebenso nach österr. Recht, arg aus ABGB. §§ 341, 343, 1101, 1245 usw.); dann datiert das Pfandrecht aber trotzdem schon von der Bestellung an (S. 292 und unten § 141. Auch eine Naturalobligation kann genügen (S. 436, vgl. S. 333 [12]). [2]) Für eine nichtige oder durch eine peremtorische Einrede entkräftbare Forderung kann kein Pfand bestellt werden (D. 20, 3, 2).

β. Der Verpfänder ist in der Regel der Schuldner der zu sichernden Forderung. Man kann aber auch für eine fremde Schuld ein Pfand bestellen (D. 20, 1, 5, 2), eine Art der Interzession (S. 501), ebenso ABGB. § 1368.

---

[1]) Vgl. daher D. 13, 7, 1: Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori: et consequens est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserit.

Das ABGB. steht auf dem Standpunkte des älteren rR.: Vertrag, letztwillige Verfügung, richterlicher Ausspruch, Gesetz erzeugen nur einen Pfandrechtstitel. Die Erwerbung des Pfandrechtes erfolgt in der Regel erst durch Tradition bezw. Verbücherung, ABGB. §§ 451 bis 454.

Die Besitzübertragung beim pignus setzt übrigens nicht unbedingt reale Besitzübergabe voraus; vielmehr genügt nach rR. constitutum possessorium (S. 652), d. h. die Erklärung des Verpfänders, fortan für den Pfandgläubiger zu besitzen; nicht auch nach österr. Recht arg aus ABGB. § 451 „in Verwahrung nehmen"; vgl. auch ABGB. § 1369.

[2]) D. 20, 1, 5, pr.: Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione; nicht auch nach österr. Rechte, weil ja auf diese Weise die unklagbare Forderung gerichtlich durchgesetzt werden könnte.

γ. Die Entstehung des Pfandrechts setzt in der Regel voraus, daß der Verpfänder im Augenblicke des Abschlusses des Verpfändungsvertrags Eigentümer der verpfändeten Sache ist (D. 23, 3, 22).[3] Hiervon gibt es aber verschiedene Ausnahmen.

a. Auch der Superfiziar, Emphyteuta (D. 13, 7, 16, 2) und publizianische Besitzer (D. 20, 1, 18) können die ihrem Recht unterstehende Sache verpfänden, freilich nur soweit ihr Recht reicht. Die Formel der actio hypothecaria (S. 802[5]) setzte deshalb nur ein „in bonis esse" des Verpfänders voraus.

b. Konvaleszenz tritt ein:

1) wenn der Pfandvertrag in Hinblick auf künftigen Erwerb durch den Verpfänder abgeschlossen wird, mit dem Erwerbe des Eigentums durch diesen, zB. bei der Generalverpfändung des gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens des Verpfänders, der Verpfändung von Zuwachs (D. 20, 1, 15) oder sub condicione si res debitoris facta fuerit (D. 20, 1, 16, 7);

2) falls der Verpfänder nach Abschluß des Pfandvertrags Eigentümer wird und der Pfandnehmer den Verpfänder für den Eigentümer gehalten hatte (vgl. jedoch D. 20, 4, 9, 3);

3) falls der Eigentümer den Verpfänder beerbt (D. 20, 1, 22, vgl. dagegen D. 13, 7, 41).

3. Erhält der Pfandnehmer in Verfolg des Verpfändungsvertrags den Besitz des Pfandgegenstands (liegt also ein pignus vor), so entstehen zwischen dem Verpfänder und dem Pfandnehmer obligatorische Verpflichtungen[4] und zwar auch dann, wenn ein gültiges Pfandrecht (zB. weil der Verpfänder nicht Eigentümer der verpfändeten Sache war) gar nicht entstanden war (zB. D. 13, 7, 9, pr. u. 4).

---

[3] Dagegen gelten nach ABGB. § 456 für den redlichen Erwerb eines Pfandrechts von einem Nichteigentümer die Grundsätze über den redlichen Eigentumserwerb vom Nichteigentümer (S. 711[9]).

[4] Die diesbezüglichen Vorschriften finden sich in D. 13, 7 und C. 4, 24: De pigneraticia actione vel contra.

α. Der Pfandnehmer ist verpflichtet, nach Tilgung der versicherten Forderung oder Freigabe des Pfandes die Pfandsache nebst Zubehör dem Verpfänder zurück zu geben (D. 13, 7, 9, 3 ff. und 11; vgl. ABGB. § 1369), es sei denn, daß er sie (als „pignus Gordianum", oben S. 435[5]) wegen anderer Forderungen zurückhalten kann. Hat der Pfandnehmer die Pfandsache zwecks seiner Befriedigung verkauft, so hat er den etwaigen Überschuß (superfluum s. hyperocha) nebst Zinsen dem Verpfänder heraus zu zahlen (D. 13, 7, 6, 1; vgl. ABGB. §§ 461 und 464). Er haftet endlich hinsichtlich der Verwahrung, Behandlung und Verwaltung der Pfandsache für omnis culpa[5]); vgl. ABGB. §§ 459 und 460.

Zur Einklagung dieser Verpflichtungen des Pfandgläubigers dient dem Verpfänder die actio pigneraticia in personam directa[5a]).

β. Für den Verpfänder können Gegenverpflichtungen entstehen, dies ist jedoch nichts dem Pfandvertrage begrifflich anhaftendes, wie die Verpflichtung des Pfandnehmers. Der contractus pigneraticius (pignus im Sinne von Verpfändungsvertrag) ist also ein contractus bilateralis inaequalis (S. 232).

Die Verpflichtungen des Verpfänders können gehen: auf Ersatz des durch sein Verschulden dem Pfandnehmer zugefügten Schadens (zB. bei Verpfändung eines das Vieh des Pfandnehmers ansteckenden Tieres, D. 13, 7, 16, 1); ferner auf Ersatz der notwendigen oder vom Verpfänder genehmigten Auslagen (D. 13, 7, 8, pr. und 25).

Die Verpflichtungen des Verpfänders kann der Pfandnehmer — außer durch Zurückhaltung, S. 435 — durch

---

[5]) Vgl. I. 3, 14, 4; D. 13, 7, 13, 1 u. 14: Venit autem in hac actione et dolus et culpa ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit. Ea igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

[5a]) Mit dieser Kontraktsklage kann zB. die actio legis Aquiliae konkurrieren (S. 629[7a]), wenn der Pfandgläubiger die verpfändete Sache beschädigt (D. 13, 6, 18, 1).

eine actio pigneraticia in personam contraria zur Anerkennung bringen[6]).

4. Beim Pfandvertrage werden von den Beteiligten vielfach Nebenabreden getroffen, zB. dahin, daß der Verkauf des Pfandes zulässig oder unzulässig sein solle (oben S. 801), ferner das pactum antichreticum (unten S. 818) und die (seit Konstantin unzulässige, unten S. 820) Verfallklausel (lex commissoria); vgl. ABGB. §§ 1371, 1372).

b. Richterliches Pfandrecht entsteht:

1. als pignus praetorium durch die Einweisung in einen Gegenstand zwecks Sicherstellung (missio in possessionem, S. 387), wobei aber der Eingewiesene nur Detention (ein in possessione esse custodiae causa, D. 41, 2, 10, 1; 41, 5, 2, pr.), aber kein Verkaufsrecht[7]) und bis auf Justinian im Falle des Besitzverlusts keine dingliche Klage hatte (C. 8, 21, 2);

2. als pignus in causa iudicati captum. Seit der 3. Periode findet neben der bisher allein zulässig gewesenen Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen des Schuldners (Konkurs) auf Antrag des Gläubigers einer Urteilsforderung eine Vollstreckung in einzelne Vermögensstücke statt, indem diese auf Anordnung des Magistrats durch seine Gerichtsdiener (apparitores, executores) zugunsten des Gläubigers in Besitz genommen und falls sie nicht

---

[6]) Die ursprünglich nur für das pignus berechneten Klagen wurden später auch bei der Hypothek sowie den richterlichen und gesetzlichen Pfandrechten entsprechend angewendet. So wurde eine utilis pigneraticia actio directa oder hypothecaria in personam directa dem Verpfänder gegeben, wenn der Hypothekar sich wegen Nichtzahlung der fällig gewordenen Forderung (mit der actio hypothecaria in rem) in den Besitz der Sache gesetzt hatte, die Forderung später aber getilgt wurde. In gleichem Falle konnte umgekehrt der Hypothekar den Verpfänder mit einer actio hypothecaria in personam contraria belangen, zB. wegen gehabter Auslagen.

Über die umgekehrte Anwendung der ursprünglich nur für den Hypothekar geschaffenen dinglichen Klage (actio quasi Serviana) auf den Pignusgläubiger vgl. unten S. 815.

[7]) Also ähnlich wie heute bei der Zwangsverwaltung eines Grundstücks, EO. §§ 97 ff.

binnen 2 Monaten eingelöst werden, öffentlich verkauft werden (vgl. bezüglich der richterlichen Pfandrechtsbegründung an Immobilien EO. §§ 87 ff., an beweglichen Sachen EO. §§ 249 ff., an Forderungen und anderen Rechten EO. §§ 294 ff., 320, 325, 331, 374).[8]) Zuerst werden die Mobilien, falls diese nicht hinreichen, die Immobilien, endlich auch die Forderungen der Schuldner gepfändet (D. 42, 1, 15, 2 und e. 31, C. 8, 21, 1). Finden die zum Verkauf gestellten Gegenstände keinen Käufer, so werden sie zu einem der Forderung entsprechenden Teile dem Gläubiger zugesprochen (D. 42, 1, 15, 3, C. 8, 22, 3).

c. Gesetzliches Pfandrecht[9]).

Kraft Gesetzes bestehen unter bestimmten Voraussetzungen Pfandrechte teils an einzelnen Sachen (gesetzl. Spezialpfandrechte), teils am ganzen Vermögen (gesetzl. Generalpfandrechte), vgl. unten S. 811 i f.

1. Gesetzliche Spezialpfandrechte stehen zu:

*α.* dem Vermieter eines praedium urbanum (S. 218) an den invecta et illata des Mieters, S. 545, und Aftermieters, S. 541[6], und dem Verpächter eines praedium rusticum an den Früchten des Pachtguts (nicht auch an den eingebrachten Sachen des Pächters, D. 20, 2, 4, pr., S. 548);

*β.* auf Grund eines Senatsschlusses unter Mark Aurel demjenigen, „qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit" an dem aufgebauten Hause (D. 20, 2, 1, sog. pignus insulae);

---

[8]) Als dritter Fall richterlichen Pfandrechts wird von manchem die Zuteilung im Teilungsprozeß (S. 597) bezeichnet; doch enthalten die Quellen hierüber nichts.

[9]) D. 20, 2: In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur; vgl. C. 8, 14. Die Bezeichnung des gesetzlichen als „stillschweigendes Pfandrecht" führt auf das älteste gesetzliche Pfandrecht, das des Vermieters und Verpächters zurück; oben S. 545[12]. Das älteste nicht auf dem vermutlichen Willen der Parteien, sondern auf positiver gesetzlicher Bestimmung beruhende Pfandrecht ist das pignus insulae.

γ. den bevormundeten Unmündigen wegen ihrer Ersatzforderungen gegen den Vormund an den mit ihrem Geld erworbenen Gegenständen (D. 20, 4, 7, pr., C. 7, 8, 6);

δ. den Vermächtnisnehmern wegen ihrer Legatsforderungen an den vom Belasteten aus der Erbschaft erworbenen Gegenständen (C. 6, 43, 1 und 2, Nov. 108, 2).

2. Gesetzliche Generalpfandrechte stehen zu:

α. dem Fiskus wegen seiner Steuer- (C. 8, 14, 1) und Kontraktforderungen (C. 8, 14, 2);[10])

β. der Kirche wegen Verschlechterung ihrer Emphyteusen am Vermögen der Emphyteuten (Nov. 7, 3, 2);

γ. seit Konstantin den Bevormundeten am Vermögen ihrer Vormünder (C. 5, 37, 20; 5, 70, 7, 5 a und 6 c); verheiratet sich die zur Vormünderin ernannte Witwe, ohne das von ihr verwaltete Vermögen den Kindern herauszugeben, so erstreckt sich das Pfandrecht auch auf das Vermögen des neuen Ehemanns (C. 5, 35, 2 und 8, 14, 6, Nov. 22, 40);

δ. den Kindern am Vermögen:

a. ihres Vaters wegen der bona adventicia regularia (C. 5, 9, 8, 4, unten § 150 b 2);

b. des parens binūbus (Vater oder Mutter) wegen der infolge der Wiederverheiratung den Kindern zufallenden lucra nuptialia (C. 5, 9, 8, 3, unten § 148 c 1);

ε. der (orthodoxen, Nov. 109) Ehefrau am Vermögen des Mannes wegen ihrer Forderung auf Rückgabe der — in sein Vermögen übergegangenen — dos (C. 5, 13, 1, 1 b u. c), sowie wegen der — seiner Verwaltung anvertrauten — (Paraphernal-) Kapitalien (C. 5, 14, 11);

ζ. dem Ehemann am Vermögen desjenigen, der ihm eine Mitgift versprochen hat (C. 5, 13, 1, 1 b);

η. demjenigen, dem etwas unter der Bedingung vermacht ist, daß der hinterbleibende Ehegatte sich wiederver-

---

[10]) Allgemein sagt Hermogenian in D. 49, 14, 46, 3: fiscus semper habet ius pignoris. Die fiskalischen Privilegien stehen auch dem Kaiser und seiner Gemahlin zu (D. 49, 14, 6, 1).

heiraten sollte, am Vermögen des Ehegatten wegen Erstattung des bedingungsweise Hinterlassenen (Nov. 22, 44).[11])

## § 140. Gegenstand, Umfang, Inhalt des Pfandrechts.

### a. Gegenstand des Pfandrechts.

Verpfändet werden kann alles, was verkauft werden kann (D. 20, 1, 9, 1: Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest), also was in commercio ist (D. 20, 3, 1, 2; ebenso ABGB. § 448).

#### 1. Pfandrecht an körperlichen Sachen.

*α.* Auch ein ideeller Anteil an einer Sache kann verpfändet werden (C. 8, 20, 1) und zwar nicht nur durch einen Miteigentümer, sondern auch durch einen Alleineigentümer (vgl. D. 20, 6, 8, 3, und für den Fall der reellen Teilung der Pfandsache, D. 20, 6, 7, 4), ferner auch die nuda proprietas (S. 680[2], D. 13, 7, 18, 1). Über die Verpfändung zukünftiger Sachen, sowie der Früchte auf dem Halme vgl. S. 215 (D. 20, 1, 15, pr.; 20, 1, 29, 1).

*β.* Wird eine Sachgesamtheit (universitas facti) verpfändet, so ergreift das Pfandrecht an sich nur die im Augenblicke der Pfändung vorhandenen Gegenstände; bei den einem regelmäßigen Ab- und Zugang unterworfenen Sachgesamtheiten (Warenlager, Herde) müssen jedoch nach der vermutlichen Absicht der Beteiligten die bei diesem Wechsel ausscheidenden Sachen als von dem Pfandrechte befreit, die

---

[11]) Das ABGB., nach welchem das Pfandrecht bei Immobilien an die Eintragung, bei Mobilien an die Besitzübergabe geknüpft ist, kennt keine gesetzlichen Generalpfandrechte, da dies den Grundsätzen der Publizität und Spezialität widersprechen würde (S. 796[1]). Gesetzliche Spezialpfandrechte bestehen zB.:

a. nach ABGB. für den Vermieter und Verpächter § 1101;

b. nach HGB. für den Kommissionär Art. 374; Spediteur Art. 382; Frachtführer Art. 409; öffentliche Lagerhäuser, § 28 Ges. vom 28. April 1889, RGB. Nr. 64;

c. nach den Steuer- und Gebührengesetzen für dreijährige Rückstände an laufenden Steuern, Vermögensübertragungsgebühren usw.

neu eintretenden als ihm unterworfen angesehen werden, so daß das Pfandrecht die im Augenblicke der Geltendmachung vorhandenen Gegenstände umfaßt (S. 206 [7]).[1])

γ. Auch vertretbare Sachen (Getreide, Geld, D. 20, 1, 34, 2) können verpfändet werden, und zwar nicht nur so, daß der Pfandnehmer sie zunächst als Pfandgläubiger besitzen und sich aus ihnen gegebenenfalls befriedigen soll (zB. Kassierer A übergibt beim Antritte seiner Stellung seinem Prinzipal B 3000 K. in einem versiegeltem Umschlag oder in Staatspapieren als „Kaution"), sondern auch so, daß Eigentum und Gefahr der übergebenen Sachen sogleich auf den Pfandnehmer übergehen und dieser nur verpflichtet ist, nach Beendigung des Pfandrechts tantundem eiusdem generis (S. 452) zurück zu geben, im Falle der Geltendmachung des Pfandrechts aber berechtigt ist, sich aus seiner Schuld durch Aufrechnung (bei Geldschulden) oder in sonstiger Weise (bei anderen Fungibilien) zu befriedigen (pignus irregulare; vgl. S. 585 über das verwandte depositum irregulare).

2. Pfandrecht an Rechten.

Ein Pfandrecht an Rechten ist erst in der Kaiserzeit aufgekommen. Es ist nur an solchen Rechten denkbar, die mindestens der Ausübung nach übertragen werden können, wie Forderungen, Superfizies (D. 20, 4, 15), Emphyteuse, Nießbrauch (D. 20, 1, 11, 2), nicht aber am usus (S. 783) und an Grunddienstbarkeiten (D. 20, 1, 11, 3, vgl. jedoch unten S. 811, vgl. ABGB. §§ 485, 457, 521, 509).

α. Forderungen können Gegenstand eines (vertraglichen, richterlichen, gesetzlichen) Pfandrechts sein (pignus nominis), soweit sie abtretbar sind[2]). Der Forderungs-

---

[1]) D. 20, 1, 34, pr. Vgl. DBGB. § 560.

[2]) Vgl. für die im Vollstreckungsverfahren erfolgende Pfändung EO. §§ 294 ff. Zur Wahrung des Grundsatzes der Publizität ist bei der Verpfändung von Forderungen, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt (zB. einfachen Schuldscheinsforderungen) zur Entstehung des Pfandrechts Anzeige (Denuntiation) an den Schuldner erforderlich (ABGB. § 455 und EO. § 294 Abs. 3).

pfandgläubiger kann sich wegen seiner Forderung aus der ihm verpfändeten Forderung in doppelter Weise befriedigen:

α. entweder so, daß er nach Fälligkeit der Forderung deren Gegenstand (mit der ihm als utilis actio zustehenden Klage des Gläubigers) vom Schuldner beitreibt und das Beigetriebene, falls es Geld ist, mit seiner Forderung aufrechnet, falls es nicht Geld ist, als Pfand behält (sog. ius exigendi, D. 13, 7, 18, pr., C. 8, 16, 4, vgl. EO. §§ 294 ff. und 303 ff.);

b. oder durch Weiterverkauf der verpfändeten Forderung unter Aufrechnung des Erlöses auf die Forderung (sog. ius distrahendi, C. 4, 39, 7; vgl. EO. §§ 318 ff.).

Wird eine durch ein Pfandrecht gesicherte Forderung von dem Gläubiger weiterverpfändet, so erhält der neue Pfandgläubiger bis zum Betrage seiner Forderung an dem Pfande ein sog. Afterpfandrecht (pignus pignoris, subpignus, D. 20, 1, 13, 2; vgl. C. 8, 23: Si pignus pignori datum sit; vgl. ABGB. §§ 454 und 455).[3])

β. Servituten können in doppelter Weise verpfändet werden.

a. Die Verpfändung einer schon bestehenden Servitut durch den Servitutberechtigten ist nur beim Nießbrauche zulässig (D. 20, 1, 11, 2). Dann gilt die allein übertragbare Ausübung des Nießbrauchs als verpfändet. Im Falle der Nichtzahlung der versicherten Forderung kann dann die Ausübung des Nießbrauchs pfandrechtlich verkauft werden.

b. Die Verpfändung einer erst zu begründenden Servitut durch den Eigentümer ist außer beim Nießbrauch auch bei Rustikalservituten zulässig, aber nur an einen Nachbarn (D. 20, 1, 12).

3. Pfandrecht an einem Vermögen.

Auch das ganze — gegenwärtige und zukünftige (D. 20, 1, 15, 1) — Vermögen einer Person kann Gegenstand eines vertraglichen oder gesetzlichen Pfandrechts sein, sog. General-

[3]) Manche fassen die Afterverpfändung als Bestellung eines neuen Pfandrechts an der Pfandsache auf.

pfandrecht. Das vertragliche Generalpfandrecht ergreift im Zweifel aber nicht die Gegenstände, die der Verpfänder vermutlich auch speziell nicht verpfändet haben würde (Hausrat, Kleider, D. 20, 1, 6 ff., C. 8, 16, 1). Das österr. Recht kennt kein Generalpfandrecht; vgl. Hofd. vom 3. Juni 1896, JGS. Nr. 968.

b. Umfang des Pfandrechts.

1. Das Pfandrecht erstreckt sich außer auf die Pfandsache selbst mit Rechtsnotwendigkeit auf die mit ihr zu einer rechtlichen Einheit verbundenen Sachen, zB. bei einem Grundstück auf die darauf errichteten Gebäude (D. 13, 7, 21, vgl. aber D. 20, 1, 29, 2), den kraft der Elastizität des Eigentums (S. 680) an den Eigentümer zurückfallenden Nießbrauch (D. 13, 7, 18, 1), die Anschwemmung (D. 20, 1, 16, pr.).[4]) Die Pertinenzen und Früchte gelten mangels anderer Abrede als mitverpfändet, sofern sie dem Verpfänder zukommen (D. 20, 1, 29, 1, C. 8, 14, 3; vgl. ABGB. §§ 442, 445, 457, EO. §§ 140 und 252).

2. Die Pfandsache haftet außer für die Forderung selbst auch für deren Erweiterungen, wie gesetzliche Zinsen und Auslagen des Pfandgläubigers, zB. für die Beitreibung der Forderung (D. 13, 7, 8, 5), dagegen für vereinbarte Zinsen und für eine Vertragsstrafe nur, wenn die Parteien dies beabsichtigten (D. 13, 7, 11, 3; 20, 1, 13, 6; vgl. hinsichtlich der Haftung für Zinsen AGG. § 17, KO. § 33 und EO. § 216 Z. 4; hinsichtlich der Haftung für Prozeß- und Exekutionskosten AGG. § 16, KO. § 36 und EO. § 216 Z. 4; hinsichtlich sonstiger Ersatzansprüche ABGB. § 912).

3. In dem zu 1 bestimmten Umfange haftet die ganze Pfandsache für die ganze versicherte Forderung (pignoris causa est indivisa, D. 21, 2, 65). Wird also die Pfandsache geteilt, dann haftet jeder Teil für die ganze Forderung;

---

[4]) Nicht aber auf selbständige Akzessionen, wie die insula in flumina nata, den alveus derelictus und einen Schatz; D. 7, 1, 6, 4; 48, 20, 3, 2 (hier ist statt „funduo tuo“ „fundo meo“ zu lesen).

es entstehen sog. Korrealpfandrechte, ebenso wenn mehrere Sachen für die gleiche Forderung verpfändet sind (D. 20, 1, 19, vgl. AGG. §§ 13, 15, 106 ff. und ABGB. § 829), und wird die Forderung teilweise zurückgezahlt oder wird sie zB. im Wege des Erbgangs auf mehrere Erben des Gläubigers geteilt, so kann jeder Gläubiger für seine Teilforderung die ganze Sache in Anspruch nehmen (C. 8, 31, 1). Wird der Verpfänder von mehreren Erben beerbt, so teilt sich zwar dessen persönliche Schuld unter die Erben (nomina ipso iure sunt divisa, unten § 162 a 2), aber die Pfandsache bleibt für jeden der Schuldanteile ganz verhaftet (D. 13, 7, 8, 2).

### c. Inhalt des Pfandrechts.

#### 1. Verhältnis des Pfandrechts zum Eigentum.

Der Eigentümer ist in der Verfügung über seine Sache durch eine Verpfändung nur insoweit beschränkt, als dies zur Erhaltung des Pfandrechts erforderlich ist. Er darf die verpfändete Sache daher sowohl veräußern[5]), wobei nach rR. (vgl. ABGB. § 456) das Pfandrecht als dingliches Recht auch einem gutgläubigen Erwerber gegenüber wirksam bleibt (fundus transit cum sua causa, D. 13, 7, 18, 2, vgl. C. 8, 27, 12 und 17), als auch weiter belasten, wobei dann das frühere Pfandrecht grundsätzlich vorgeht (S. 822). Jedoch können die Parteien vereinbaren, daß der Verpfänder das Pfand nicht veräußern darf[6]).

---

[5]) Hierin kann jedoch ein furtum possessionis (S. 625[6]) liegen (D. 47, 2, 19, 6); vgl. ABGB. § 466 und das Gesetz vom 25. Mai 1883 über strafrechtliche Bestimmungen gegen Vereitlung von Zwangsvollstreckungen.

[6]) Die Wirkung dieses pactum de non alienando ist streitig. D. 20, 5, 7, 2 bestimmt in der Lesart der Florentina und der Basiliken: Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit. et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. Danach wäre diese Abrede gültig und der Verkauf nichtig. Da dies Ergebnis aber mit dem Grundsatz in Gegensatz

### 2. Besitz der Pfandsache.

Der Pfandgläubiger hat ein Recht zum Besitze der Pfandsache. Jedoch ist in dieser Beziehung auch noch nach jüngstem rR. (S. 800) zwischen pignus und hypotheca zu unterscheiden.

Der Faustpfandgläubiger wird sofort mit der Verpfändung juristischer Besitzer des Pfandes und hat ein Recht auf den Besitz bis zur Beendigung des Pfandrechts; ihm steht demnach auch der Besitzschutz zu (D. 13, 7, 35, 1, S. 643). Der Hypothekar dagegen erhält den Besitz zunächst nicht; erst wenn seine Verkaufsbefugnis eingetreten ist, hat er einen Anspruch auf Herausgabe der Pfandsache, damit er in die Lage versetzt wird, seine Hypothek durch den von ihm[7]) zu bewirkenden Verkauf der Pfandsache (S. 819) zu verwirklichen. Nur im Falle der Gefährdung hat der Hypo-

---

steht, daß vertragliche Veräußerungsverbote keine dingliche Wirkung haben (S. 276), schiebt Mommsen hinter nullam esse ein „nec impediendam esse", so daß die Stelle den entgegengesetzten Sinn ergibt: et certum est, nullam esse (sc. pactionem) nec impediendam esse venditionem. So auch ABGB. § 1371 bezüglich des Verzichts auf Weiterverpfändung einer Immobilie.

Nicht zu verwechseln mit dem vertragsmäßigen Ausschluß der Verkaufsbefugnis des Eigentümers (pactum de non alienando) ist der Ausschluß der Verkaufsbefugnis des Gläubigers (pactum de non distrahendo, unten S. 819).

[7]) Die Befriedigung des Pfandgläubigers erfolgt in der Regel nicht durch ihn selbst, sondern durch das Gericht im Wege der Zwangsvollstreckung, Exekution (ABGB. § 461). Da die Exekution einen Exekutionstitel voraussetzt, muß der Pfandgläubiger vorerst auf Befriedigung aus dem Pfande, oder, wie es in der Praxis geschieht, auf Zahlung der Schuldforderung bei Exekution auf das Pfand klagen. Auf Grund des über diese Klage erfließenden Urteils kann erst die Exekution durch Zwangsverwaltung, Zwangsversteigerung, Forderungsüberweisung usw. geführt werden. Die Notwendigkeit einer Klageanstellung entfällt nach HGB. Art. 310 beim kaufmännischen Pfande, bei vollstreckbaren Notariatsakten (EO. § 1 Z. 17), sowie nach den Statuten einiger privilegierten Kreditanstalten. Die gerichtliche Intervention beim Verkauf entfällt im Falle des HGB. Art. 311, dann nach der MV. vom 28. Oktober 1865, RGB. Nr. 110, bei Sparkassen, Versatzämtern, konzessionierten Pfandleihgewerben, ferner bei Realisierung der von Staats- und Fondsbeamten eingelegten Kautionen.

thekar auch schon vorher ein Recht auf Besitzerlangung (D. 20, 1, 14, pr.).

Zur Erlangung des Besitzes gewährt das rR. dem Pfandgläubiger verschiedene Rechtsbehelfe.

*a.* Dem Faustpfandgläubiger, der den Besitz der Pfandsache verloren hat, und dem Hypothekar, der ihn nach Eintritt seiner Verkaufsberechtigung erlangen will, steht als petitorische Klage die actio Serviana und quasi Serviana (actio pigneraticia in rem und actio hypothecaria, S. 801) zu, welche nach Voraussetzungen und Wirkungen der rei vindicatio (S. 743) nachgebildet ist (vindicatio pignoris, D. 20, 1, 16, 3).

a. Kläger ist der nicht besitzende Pfandgläubiger, Beklagter, wer die Pfandsache besitzt oder detiniert; die Klage geht aber auch gegen einen fictus possessor (S. 745, D. 20, 1, 16, 3). Die Klage geht zunächst auf Herausgabe der Pfandsache mit den nach der Klageerhebung gewonnenen und gewinnbaren Früchten und, falls die Pfandsache selbst nicht ausreicht, zur Zeit der Klageerhebung noch vorhandenen Früchten (D. 20, 1, 16, 4). Sie ist, wie die Formel zeigt (S. 802[5]), eine actio arbitraria (S. 351): wird dem arbitratus nicht Folge geleistet, so wird der Pfandbesitzer, falls er der Schuldner ist, auf den Betrag der Forderung, falls er ein dritter Besitzer ist, auf den Wert der Pfandsache verurteilt; der Kläger hat dann den etwaigen Mehrbetrag dem Schuldner als hyperocha auf dessen actio pigneraticia in personam directa heraus zu zahlen (D. 20, 1, 21, 3, S. 806[6]).

b. Gegen die actio Serviana kann sich der Beklagte verschiedener Einwendungen bedienen.

1) Gegen die dingliche Pfandklage kann der Beklagte wegen der akzessorischen Natur des Pfandrechts (S. 798) alle Einwendungen geltend machen, die gegen die versicherte Forderung Platz greifen (zB. deren Tilgung).[8])

---

[8]) Dagegen braucht sich nach ABGB. der gutgläubige Erwerber einer Hypothek Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner nur entgegensetzen zu lassen, wenn sie sich

2) Der Beklagte kann einwenden, daß er selbst an der Pfandsache ein besseres Pfandrecht hat (S. 826, „si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata", D. 20, 4, 12, pr.).

3) Der dritte Besitzer der Pfandsache, nicht aber der persönliche Schuldner, kann die Herausgabe wegen Verwendungen verweigern, und zwar wegen notwendiger stets, wegen nützlicher nur, wenn er gutgläubig besaß (D. 20, 1, 29, 2).

4) Der Beklagte kann die Einrede der Verjährung erheben. Die Pfandklage verjährt regelmäßig in der ordentlichen Verjährungszeit von 30 Jahren (S. 329); gegen den Verpfänder und dessen Erben — und bei Lebzeiten des Verpfänders auch gegenüber einem nachstehenden Pfandgläubiger — verjährt sie jedoch erst in 40 Jahren (C. 7, 39, 7).

5) Jeder Besitzer der Pfandsache, auch der bösgläubige, hat das ius offerendae pecuniae, d. h. er kann den Anspruch auf Herausgabe durch Zahlung der Forderung des Klägers beseitigen (D. 20, 4, 12, 5; 20, 6, 12, 1; vgl. ABGB. § 462, EO. § 200 Z. 2).

6) Endlich stehen dem Besitzer der Pfandsache drei beneficia iuris zu:

das ben. cedendarum actionum: der gutgläubige Besitzer kann gegen Befriedigung des Pfandgläubigers Abtretung seiner Forderung verlangen (D. 20, 4, 19; vgl. ABGB. §§ 1422, 1423);

das ben. excussionis realis: der Schuldner, der dem Kläger eine Sache speziell und daneben sein ganzes Vermögen verpfändet hat, kann beanspruchen, daß der Gläubiger zunächst aus dem Spezialpfande seine Befriedigung sucht (C. 8, 13, 2; 8, 27, 9; vgl. EO. § 263);

das ben. excussionis personalis, eingeführt durch Justinians Nov. 4, 2: der dritte Besitzer der Pfandsache kann verlangen, daß der Kläger seine Befriedigung zu-

---

aus dem Grundbuch ergeben; das erfordert der Grundsatz des „öffentlichen Glaubens des Grundbuchs" (S. 678[1]).

nächst bei den persönlichen Schuldnern (dem Hauptschuldner und etwaigen Bürgen) zu erlangen versucht, falls diese zahlungsfähig und in derselben Provinz anwesend sind[9]). Deshalb kann der Pfandgläubiger auch unter Verzicht auf das Pfand den Bürgen allein belangen (D. 46, 1, 51, 3).

β. Als possessorischer Rechtsbehelf steht dem Pfandgläubiger das — in den Einzelheiten dunkle[9a]) — interdictum (adipiscendae possessionis, G. 4, 147) Salvianum (D. 43, 33, C. 8, 9) zu. Hierbei braucht der Kläger nicht, wie bei der actio Serviana, nachzuweisen, daß die Pfandsache tempore conventionis in bonis debitoris war[10]).

γ. Neben der der Eigentumsklage analogen Klage (vindicatio pignoris) kann der Pfandgläubiger utiliter noch andere, zunächst dem Eigentümer zustehende Klagen anstellen, zB. die actio confessoria und negatoria (D. 8, 1, 16, S. 754), die actio legis Aquiliae (D. 9, 2, 17, S. 629).

---

[9]) Dem heutigen Recht ist das beneficium excussionis personalis unbekannt; nach ABGB. kann der Gläubiger wählen, ob er zunächst die persönliche Klage oder die dingliche Klage erheben, oder ob er beide verbinden will (ABGB. § 466).

[9a]) Zweifelhaft ist insbesondere, ob das int. Salvianum über sein ursprüngliches Anwendungsgebiet (Miete, S. 545) ausgedehnt wurde und ob es nur gegen den Verpfänder (so C. 8, 9, 1) oder auch gegen dritte ging (hierfür D. 43, 33, 1 und 2).

[10]) Gemeinrechtlich gab man das int. Salv. jedem Gläubiger, der sein Pfandrecht „prima facie" bescheinigte, d. h. auch nur glaubhaft machte. Zulässig waren ferner (auf Grund von C. 8, 13, 3) sog. pacta de ingrediendo, wodurch der Pfandschuldner dem Gläubiger die Befugnis einräumt, sich eigenmächtig in den Besitz der Pfandsache zu setzen. Gewalt gegen die Person des Schuldners durfte der Gläubiger aber auch hierbei nicht anwenden. Ähnlich gestaltet ist heute nur die Geltendmachung des Vermieterpfandrechts (ABGB. § 1101). Nach ABGB. § 458 kann der Pfandgläubiger, wenn der Wert des Pfandes durch Verschulden des Pfandgebers oder wegen eines erst offenbar gewordenen Mangels der Sache zur Bedeckung der Schuld unzureichend wurde, vom Pfandgeber ein anderes angemessenes Pfand fordern. Weiters kann derselbe, bei Bescheinigung einer Gefahr, Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach EO. § 381 ff. fordern.

### 3. Nutzung der Pfandsache.

Im Pfandrechte liegt an sich nicht die Befugnis zur Nutzung der Pfandsache. Der Gläubiger darf diese also nur auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung des Verpfänders für sich gebrauchen und nutzen, sonst macht er sich eines furtum usus schuldig (D. 47, 2, 55, pr.). Wenn jedoch ein Gläubiger, der ein unverzinsliches Darlehen gegeben hat, eine fruchttragende Sache zum Faustpfand erhält, so darf er auch ohne besondere Abrede „de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere" (D. 20, 2, 8); sog. antichresis tacita.

Eine wirkliche Antichrese (pactum antichreticum) liegt dagegen vor, wenn ausbedungen wird, daß der Gläubiger die Nutzungen der Sache an Stelle der Zinsen behalten soll (*χρῆσις ἀντὶ τῶν τόκων*, fructus in vicem usurarum, D. 20, 1, 11, 1, C. 4, 32, 17). Hierbei braucht der Gläubiger nicht den Überschuß des Fruchtertrags über die landesüblichen Zinsen herauszugeben, trägt aber anderseits die Gefahr eines Mindererertrags (C. 4, 32, 14). Deswegen finden die Vorschriften über das erlaubte Zinsmaß (S. 408) auf die Antichrese keine Anwendung[11]).

### 4. Verkaufsbefugnis des Pfandgläubigers.

Wie S. 801 dargelegt, ist im jüngsten rR. die Verkaufsbefugnis ein begriffsnotwendiger Bestandteil des Pfandrechts[12]).

*a.* Voraussetzungen des Pfandverkaufs sind:

a. Fälligkeit der Schuld (C. 13, 7, 8, 3; 20, 5, 4) und Nichtbefriedigung derselben; ist der Gläubiger in mora accipiendi (S. 430), so muß der Schuldner hinterlegen, um das Verkaufsrecht auszuschließen.

b. Verkaufsandrohung an den Schuldner (C. 8,

---

[11]) Im ABGB. ist die Überlassung des Gebrauchs der Pfandsache statthaft (§ 459), dagegen jene der Fruchtnießung unzulässig (§ 1372).

[12]) Vgl. D. 20, 5: De distractione pignorum et hypothecarum; vgl. C. 8, 27 und 28.

33, 3, 1). Hat dieser mit dem Gläubiger ein pactum de non distrahendo geschlossen, so wird hierdurch die Verkaufsbefugnis zwar nicht ausgeschlossen (S. 801), die Androhung muß aber dreimal erfolgen (D. 13, 7, 4).

c. Ablauf von zwei Jahren nach der (letzten) Androhung oder dem Urteil (C. 8, 33, 3, 1). Beim pignus in causa iudicati captum (S. 806) kann der Verkauf 2 Monate nach der Pfändung erfolgen (D. 42, 1, 31).

Der Verkauf ist zulässig, ohne daß der Gläubiger seine Forderung gerichtlich zur Anerkennung zu bringen braucht. Liegt jedoch ein Urteil vor, dann bedarf es nicht mehr der Verkaufsandrohung[13]).

Über den Verkauf durch einen posterior creditor vgl. S. 827.

β. Die Vollziehung des Verkaufs erfolgt durch private[14]) Veräußerung des Gläubigers, der bei der Haftung mehrerer Pfänder alle oder einzelne veräußern kann (D. 20, 5, 8; vgl. EO. § 263). Der Gläubiger darf bei eigener Verantwortlichkeit — da der contractus pigneraticius zu den bonae fidei contractus gehört — nicht absichtlich gegen das Interesse des Pfand-

---

[13]) Nach heutigem Recht erfolgt der Verkauf in der Regel (ABGB. § 461) mittels Feilbietung nach den Vorschriften der EO., daher wird die lex commissoria für unstatthaft erklärt (§ 1371). Daß dem Verkauf ein Exekutionstitel (Urteil, vollstreckbarer Notariatsakt) vorausgehen muß, wurde in Anmerkung 7 ausgeführt.

Der Verkauf von Immobilien erfolgt durch Zwangsversteigerung (EO. §§ 133 ff.). Behufs Realisierung des Mobiliarpfandrechts muß der Pfandgläubiger zunächst die exekutive Pfändung erwirken (EO. §§ 249 ff.), dann erst erfolgt der Verkauf (EO. §§ 264 ff., aus freier Hand oder im Wege der öffentlichen Versteigerung). Gepfändete Forderungsrechte werden realisiert durch Pfändung und Überweisung an Zahlungsstatt oder zur Einziehung (EO. §§ 290 ff.); andere Vermögensobjekte nach Maßgabe der EO. §§ 333—344.

[14]) Nur der Fiskus mußte öffentlich (sub hasta, S. 73[4], vgl. C. 10, 3) verkaufen. Heute erfolgt der Verkauf von Immobilien durch gerichtliche Zwangsversteigerung (S. 814[7], EO. §§ 133 ff), von Mobilien durch gerichtlichen Verkauf aus freier Hand oder gerichtliche öffentliche Versteigerung (EO. §§ 264 ff.). Bezüglich der Ausnahmen s. S. 814[7].

schuldners handeln (D. 18, 2, 10, C. 8, 27, 4 u. 7, C. 8, 29, 4 u. 5).

Das Pfand kaufen kann weder dessen Eigentümer (C. 18, 1, 39, pr.: suae rei emptio non valet, S. 513[6], ebenso ABGB. § 463 u. EO. § 180) noch der verkaufende oder ein anderer Pfandgläubiger, auch nicht durch eine vorgeschobene Person (nemo secum contrahere potest, C. 8, 27, 10; anders ABGB). Findet sich jedoch kein Käufer und bleibt eine nochmalige Mahnung fruchtlos, so kann der Gläubiger vom Regenten Zuschlag der Sache zum Schätzungswerte verlangen (sog. impetratio dominii, C. 8, 33, 3). Der Schuldner behält jedoch zwei Jahre hindurch ein ius luitionis.

Nichtig ist die lex commissoria (seit Konstantin, C. 8, 34, 3, S. 800), d. h. die vor der Fälligkeit der Schuld getroffene Abrede, daß das Pfand dem Gläubiger im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung zu Eigentum zufallen solle (ebenso ABGB. § 1371). Zulässig ist aber die Annahme des Pfandes an Zahlungs Statt nach eingetretener Fälligkeit (C. 8, 13, 13) und auch eine frühere Abrede, daß bei Nichtzahlung der Gläubiger das Pfand zum Schätzungswerte solle kaufen dürfen (D. 20, 1, 16, 9; anders ABGB. § 1371).

γ. Die Wirkungen des Pfandverkaufs sind:

a. Der Pfandgläubiger hat wie jeder Verkäufer (S. 518) die verkaufte Pfandsache dem Käufer zu übergeben (D. 20, 5, 13) und ihm das habere licere zu gewährleisten, haftet also — da der Pfandverkauf die dingliche Rechtslage der Sache natürlich ebensowenig beeinflußt als ein sonstiger Verkauf — an sich auch für Eviktion. Da er aber nur in Ausübung eines Pfandrechts verkauft, schränkt sich seine Eviktionshaftung ein. Wenn er die Sache ausdrücklich als Pfand veräußert hat, so braucht er nicht für das Eigentumsrecht des Verpfänders, sondern nur für seine Verkaufsbefugnis einzustehen, d. h. dafür, daß er ein Pfandrecht hatte und er der bestberechtigte Pfandgläubiger war (C. 8, 45, 1). Er haftet dagegen, wenn er seine Eigenschaft als Pfandgläubiger nicht kundgegeben hat, sowie selbstverständlich,

wenn er dolos handelte oder die Garantie übernahm (C. 8, 45, 2). Dagegen hat der Käufer, dem die Sache evinziert ist, einen Anspruch gegen den Schuldner, der durch die unwiderrufliche Zahlung des Kaufpreises an seinen Gläubiger von seiner Schuld befreit ist (vgl. D. 21, 2, 38; 20, 5, 12, 1; 21, 2, 74, 1).

b. Der vom Käufer gezahlte Kaufpreis (Versteigerungserlös) wird Eigentum des Pfandgläubigers. Den Betrag, um den er den Schuldbetrag übersteigt — die hyperocha — hat der Pfandgläubiger den nachstehenden Pfandgläubigern und beim Fehlen solcher dem Verpfänder heraus zu geben (D. 13, 7, 42). Bei Mindererlös behält er eine entsprechende Restforderung (C. 4, 10, 10; vgl. ABGB. § 464).

c. War der Verpfänder Eigentümer, so wird dies auch der Käufer[15]), sobald er den Kaufpreis gezahlt hat oder kreditiert erhalten hat (S. 517); alle dem Pfandrechte des verkaufenden Gläubigers nachstehenden Rechte (besonders Pfandrechte) erlöschen. Der Verpfänder hat ein Einlösungsrecht nur, wenn dies beim Verkaufe vorbehalten ist (D. 20, 5, 7, 1).[16])

---

[15]) Streitig ist, wie die Befugnis des Pfandgläubigers, fremdes Eigentum zu übertragen, zu erklären ist, da hierdurch der Grundsatz nemo plus iuris usw. (S. 229) durchbrochen wird (D. 41, 1, 46). Ursprünglich führte man diese Befugnis auf eine im Verpfändungsvertrage erteilte Vollmacht zurück; der Pfandgläubiger verkaufe „procuratorio iure" (I. 2, 8, 1). Richtiger Ansicht nach handelt er auf Grund seines dinglichen Rechts, also aus eigenem Rechte (suum creditor negotium gerit, D. 13, 7, 42), ihm (nicht dem Schuldner) liegt daher auch die Gewährleistungspflicht ob (S. 522).

[16]) Energischer wirkt der Pfandverkauf einer Mobilie nach ABGB. § 367 wegen des auch hier eingreifenden Schutzes des gutgläubigen Erwerbs (vgl. auch EO. § 269 bezw. § 256 Abs. 1). Hinsichtlich der Wirkungen der Zwangsversteigerung von Immobilien vgl. EO. §§ 156, 157, 183—189, 150—153.

## § 141. Mehrheit von Pfandrechten.

### a. Allgemeines[1]).

An derselben Sache können mehrere Pfandrechte bestehen, und es fragt sich alsdann, in welcher Art und in welchem Umfange jeder der Berechtigten sein Pfandrecht geltend machen kann und wie etwaige Kollisionen (S. 336) zu entscheiden sind.

1. Stammen die mehreren Pfandrechte von verschiedenen Autoren her, dann richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen die Kraft der ersteren nach der Stärke des Rechts der letzteren. Wer zB. von einem publizianischen Besitzer ein Pfandrecht eingeräumt erhält (S. 758), unterliegt demjenigen, der sein Pfandrecht von dem Eigentümer herschreibt. Sind beide Pfandrechte von zwei Gleichberechtigten (zB. publizianischen Besitzern begründet), so gibt auch hier (S. 337) der Besitz den Vorzug (D. 20, 4, 14).

2. Besonderer Grundsätze bedarf es nur, wenn mehrere Pfandrechte von demselben Urheber begründet sind. Auch hierbei tritt jedoch eine zu Kollision führende Konkurrenz nur ein, wenn die Pfandrechte denselben Gegenstand betreffen, also zB. dann nicht, wenn jedes der Pfandrechte sich auf einen anderen (ideellen oder reellen) Teil der Pfandsache bezieht (D. 13, 7, 20, 1; 20, 1, 10).

3. Ruhen die Pfandrechte nun aber auf derselben ungeteilten Sache (in solidum) und haben sie ferner, als von dem gleichen Autor begründet, gleiche Kraft, dann fragt es sich: in welcher Reihenfolge sind sie zu befriedigen (Rangordnung, unten b), und in welchem Rechtsverhältnisse stehen die Gläubiger zueinander und zu der Pfandsache (unten c).

### b. Rangordnung.

Für die Rangordnung (Priorität) entscheidend ist, wie auch sonst bei der Kollision dinglicher Rechte (S. 337),

---

[1]) D. 20, 4: Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt. C. 8, 17—19.

grundsätzlich das Alter des Pfandrechts. Es gilt: prior tempore, potior iure (C. 8, 17, 3; unten 1). Gleichzeitig entstandene Pfandrechte oder solche, deren Entstehungszeit nicht zu ermitteln ist, haben den gleichen Rang, es kann aber der Besitz dem einen eine größere Kraft verleihen[1a]).

Gewisse Pfandrechte sind jedoch privilegiert, d. h. sie gehen trotz jüngerer Entstehungszeit älteren Pfandrechten vor. Diese Bevorzugung beruht teils auf der Entstehungsweise des Pfandrechts (unten 2), teils auf der Natur der durch das Pfandrecht gesicherten Forderungen (unten 3).

1. Zur Anwendung des Grundsatzes der Priorität bedarf es der Feststellung, von welchem Augenblick an ein Pfandrecht als vorhanden angesehen wird. Dies ist selbstverständlich der Fall, wenn die gesicherte Forderung entstanden, die Pfandsache dinglich gebunden und der Pfandvertrag gültig abgeschlossen ist. Häufig „datiert" das Pfandrecht aber schon von einem Zeitpunkt an, in welchem diese Umstände noch nicht sämtlich zusammengetroffen sind. Ein Pfandrecht wird nämlich hinsichtlich der Priorität schon von dem Augenblick an als vorhanden betrachtet, in welchem zu seiner Entstehung in einer den Verpfänder bindenden Weise der Grund gelegt ist. Das bedeutet im einzelnen:

α. Ist die gesicherte Forderung bedingt oder betagt, so datiert das Pfandrecht nicht erst vom Eintritte der Bedingung oder Zeitbestimmung, sondern schon von der Zeit der Bestellung an (D. 20, 4, 9, ebenso ABGB.). Das gleiche gilt, wenn die Verpfändung einer Bedingung oder Betagung unterstellt ist (D. 20, 4, 12, 2). Ist dagegen der Schuldner noch gar nicht gebunden, die Begründung der Forderung oder des Pfandrechts also von seinem freien Willen abhängig, so entsteht das Pfandrecht erst mit dem

---

1a) D. 20, 1, 10: Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem: dabitur enim possidenti haec exceptio: „si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset".

Eintritt seiner Gebundenheit[2]). Daher datiert das Pfandrecht des Vermieters an den invecta et illata des Mieters nicht vom Abschlusse des Mietvertrags, sondern erst von der Illation an (D. 20, 4, 11, 2; S. 545; ebenso ABGB. § 1101).

β. Ist die verpfändete Sache zur Zeit der Verpfändung noch nicht im Eigentume des Verpfänders oder noch nicht vorhanden, so datiert das an ihr begründete Pfandrecht nicht erst vom Augenblicke des Eigentumserwerbs oder der Entstehung, sondern schon von seiner Bestellung an (S. 803), so auch bei Generalhypotheken hinsichtlich der später erworbenen Gegenstände (bestritten, vgl. D. 20, 4, 21, pr. und dagegen D. 20, 4, 7, 1).

2. Nach einer zur Verhütung betrügerischer „Zurückdatierung" von Pfandurkunden gegebenen Konstitution Kaiser Leos (C. 8, 17, 11) hat das publice (in einer öffentlichen Urkunde) oder quasi publice (in einer von drei Zeugen „probatae atque integrae opinionis" unterschriebenen Urkunde) bestellte Pfand den Vorzug vor den bloß privatschriftlich eingeräumten Pfändern, auch wenn die Privaturkunden das ältere Datum zeigen (pignus publicum oder quasi publicum).

3. Gewisse Pfandrechte, teils rechtsgeschäftliche, teils gesetzliche, genießen kraft positiver Bestimmung den Vorzug vor den nicht privilegierten älteren Pfandrechten. Diese zum Teil willkürlichen Pfandprivilegien waren ein Hauptmangel des römischen Pfandrechts (S. 795[1]).

α. Privilegiert sind:

a. Die gesetzliche Generalhypothek (S. 808) des Fiskus wegen der Steuern (C. 4, 46, 1);[3])

---

[2]) D. 20, 4, 11, pr.: Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit: poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.

[3]) Streitig ist, ob der Fiskus auch wegen seiner Kontraktsforderungen privilegiert ist. Nach D. 49, 14, 28 besteht das Privileg nur

b. das Pfandrecht wegen in rem versio, d. h. für eine Forderung, welche aus einer Aufwendung für die Pfandsache entstanden ist, so das (gesetzliche) pignus insulae (S. 807) und das (vertragsmäßige) Pfandrecht dessen, der zur Reparatur oder Ausrüstung eines bereits verpfändeten Schiffes ein Darlehen unter erneuter Verpfändung des Schiffes gegeben hat[3a]);

c. die Dotalhypothek der Ehefrau. Das Privileg kommt auch ihren Deszendenten, nicht aber ihren sonstigen Erben zu (I. 4, 6, 29, C. 8, 17, 12).[4])

β. Die privilegierten Pfandrechte gehen auch älteren Pfandrechten vor, und zwar auch, wenn diese öffentlich beurkundet sind. Unter mehreren privilegierten Pfandrechten der gleichen Art gehen aber die öffentlich beurkundeten den privaten, unter letzteren die früher entstandenen den späteren vor, nur bei den Versionspfandrechten geht regelmäßig das jüngere vor (D. 26, 4, 6, pr.: huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam).[5])

---

bezüglich der vom Schuldner nach Abschluß des Vertrags erworbenen Gegenstände.

Nach österr. Rechte hat der Fiskus wegen seiner Abgabenforderungen sowohl bei der Zwangsversteigerung als auch im Konkurse ein privilegiertes gesetzliches Pfandrecht; das gleiche gilt für einige Abgaben an andere öffentlich-rechtliche Verbände, welche wie Steuern eingehoben werden dürfen.

[3a]) D. 20, 4, 5: Interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel ad reficiendam ego credidero.

[4]) Die Dotalprivilegien sind heute beseitigt; die Ehefrau hat auch im Konkurse des Ehemanns keinerlei Vorzugsrecht mehr (vgl. KO. §§ 49, 50 und EGHGB. § 16).

[5]) Die Rangordnung der einzelnen Klassen der privilegierten Pfandrechte untereinander ist bestritten, ebenso, ob die letzteren auch solchen Pfandgläubigern vorgehen, die ihr Pfandrecht von einem früheren Eigentümer der Pfandsache herschreiben (sog. Pfandseparatisten).

Für das österr. Recht gilt bezüglich der Rangordnung der Pfandrechte folgendes:

a. Die Rangordnung an beweglichen körperlichen Sachen richtet sich: 1. beim vertragsmäßigen Pfandrechte nach dem Zeit-

### c. Rechtsstellung mehrerer Pfandgläubiger.

Die Frage nach der Rangordnung mehrerer Pfandgläubiger hat nicht nur dafür Bedeutung, in welcher Reihenfolge der Erlös der Pfandsache ihnen gebührt, sondern auch dafür, welche Kraft ihre Pfandrechte im Verhältnisse zu einander haben. In dieser Beziehung gilt der Grundsatz, daß der nachstehende Pfandgläubiger (posterior creditor) sein Recht nur unbeschadet der Rechte des vorstehenden (potior s. prior creditor) ausüben kann, während dessen Recht im allgemeinen durch die nachstehenden Pfandrechte nicht beeinträchtigt wird. Hieraus ergibt sich folgendes.

1. Der bessere Pfandgläubiger hat eine unbeschränkte actio hypothecaria auf Erlangung des Pfandbesitzes auch gegen den nachstehenden und ein unbeschränktes Verkaufsrecht. Durch seinen Verkauf erlöschen die nachstehenden Pfandrechte. Er ist nur verpflichtet, die etwa erzielte hyperocha dem Schuldner oder einem ihm etwa bekannten nachstehenden Pfandgläubiger auszuhändigen (S. 821).

2. Der nachstehende Pfandgläubiger rückt, wenn das vorgehende Pfandrecht wegfällt, in der Regel (vgl. S. 829) im Rang insoweit auf[6]). Ihm steht eine actio hypothecaria

---

punkte der Übergabe oder Ersichtlichmachung (ABGB. §§ 451—453); 2. beim richterlichen Pfandrechte nach dem Zeitpunkte der tatsächlichen Vornahme der pfandweisen Beschreibung (EO. § 257); 3. beim gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters oder Verpächters nach dem Zeitpunkte der Illation (ABGB. § 1101);

b. Die Rangordnung an Immobilien richtet sich nach dem bücherlichen Range und dieser nach der Zeit der Präsentation des Intabulationsgesuchs (AGG. § 29).

Jedoch gibt es auch nach österr. Rechte privilegierte Pfandrechte, die ohne Rücksicht auf ihre Entstehungszeit den übrigen vorgehen; vgl. Anmerkung 3.

[6]) D. 20, 1, 15, 2 und 20, 4, 9, 3. Ebenso nach österr. Recht und zwar auch bei Immobilien. Der Pfandeigentümer kann den durch Löschung eines Pfandrechts im Grundbuche leer gewordenen Rang für eine neue Tabularforderung nicht reservieren, außer mit Zustimmung aller nachfolgenden Gläubiger. Diese Zustimmung (Vorrangseinräumung) muß in einer zur grundbücherlichen Eintragung geeigneten

und grundsätzlich auch das Verkaufsrecht zu. Aber die erstere versagt gegenüber dem besseren Pfandgläubiger[7]) und sein Verkaufsrecht vermag jedenfalls die ihm vorgehenden Pfandrechte nicht zu tilgen[8]). Sein Recht ist also im Grunde von nur relativer Wirksamkeit. Um ihm nun aber die Möglichkeit der Ausübung seines Pfandrecht auch gegen den Willen des vorstehenden Pfandgläubigers zu sichern, steht ihm das ius offerendi ac succedendi zu (D. 20, 4, 12, 9), d. h. die Befugnis, den vorstehenden Pfandgläubiger durch Zahlung oder bei Annahmeverzug durch Hinterlegung (C. 8, 17, 1) abzufinden und sich dadurch in Höhe der Abfindungssumme dessen Pfandstellung zu verschaffen, was namentlich zur Verhinderung eines den Interessen des nachstehenden Gläubigers widerstreitenden Verkaufs wichtig ist. Ob ein gleiches Recht dem vorstehenden gegen den nachstehenden zusteht, ist streitig (wohl aber nach österr. Recht ABGB. § 462 und EO. § 200 Z. 2).

---

Form erfolgen, und bei oder nach Eintragung der neuen Hypothek im Grundbuch angemerkt werden (AGG. § 30). Anders nach deutschem Hypothekenrecht (Eigentümerhypothek).

[7]) Vgl. D. 20, 4, 12, pr.: Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est „si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata“: sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione et ille excipiat „si non convenit, ut sibi res sit obligata“, hic in modum supra relatum replicabit. sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget et adiudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.

[8]) Nach Dernburg hat überhaupt nur der erste Pfandgläubiger das Verkaufsrecht; vgl. D. 20, 5, 1, C. 8, 17, 8. Hingegen hat nach ABGB. § 461 auch der nachstehende Pfandgläubiger das Recht, das ganze Pfand in Exekution zu ziehen. Doch kann der vorgehende Pfandgläubiger im Zwangsversteigerungsverfahren Widerspruch gegen den Zuschlag erheben und dadurch die Einstellung des Versteigerungsverfahrens herbeiführen, wenn das höchste Angebot nicht ausreicht, um seine pfandrechtlich sichergestellte Forderung samt ihrer Nebengebühren voll zu berichtigen (EO. §§ 184 Z. 8, 190—193).

## § 142. Übergang und Untergang des Pfandrechts.

### a. Übergang des Pfandrechts.

Das Pfandrecht als akzessorisches Recht geht mit der Forderung ohne weiteres über (D. 18, 4, 6, C. 4, 10, 6 u. 7) und kann ohne sie nicht übertragen werden[1]). Es kommen indessen Fälle vor[2]), in denen eine versicherte Forderung aufgehoben wird, das für sie bestehende Pfandrecht (oder doch die Rangstellung dieses Pfandrechts) aber einer anderen Forderung zuteil wird, die an die Stelle der ursprünglichen Forderung tritt. Man bezeichnet diese Fälle als „hypothekarische Sukzession". Es handelt sich hierbei stets um die Wahrung der Priorität vor einem anderen Pfandrechte.

1. Wird eine durch ein vorgehendes Pfandrecht gesicherte Forderung noviert (S. 479), so mußte an sich mit dem Untergange der novierten Forderung auch ihr Pfandrecht erlöschen. Es kann jedoch vereinbart werden, daß das alte Pfandrecht mit seinem Rang auf die neue Forderung übergeht (D. 13, 7, 11, 1), jedoch unbeschadet des Rechts der Zwischengläubiger (D. 20, 4, 3, pr.; 20, 4, 12, 5; vgl. ABGB. §§ 1378 und 1423, § 1 des Ges. vom 14. Juni 1888, RGB. Nr. 88).

2. Leiht jemand dem Eigentümer einer mehrfach verpfändeten Sache Geld, um einen vorstehenden Pfandgläubiger abzufinden, so kann dessen Pfandrecht auf seine Darlehnsforderung übertragen werden (D. 20, 4, 12, 8).

---

[1]) Ebenso ABGB. § 1394 für das Mobiliarpfandrecht. Bei intabulierten Forderungen bedarf es der Umschreibung im Grundbuche.

[2]) Ihre Konstruktion ist streitig. Eine ältere Meinung nahm an, es ginge durch fingierte oder gesetzliche Zession die ursprüngliche Forderung und damit das Pfandrecht auf den Sukzessor über; dies erscheint unhaltbar. Nach Windscheid wird das Pfandrecht von seiner ursprünglichen Forderung, die untergeht, auf die begünstigte Forderung übertragen. Nach Dernburg dagegen geht mit der ursprünglichen Forderung, wie stets, auch hier das Pfandrecht unter; aber der begünstigte Gläubiger erhält für sein neues Pfandrecht kraft Gesetzes die Rangstellung des untergegangenen.

3. Kauft jemand eine mehrfach verpfändete Sache mit der Abrede, daß aus dem Kaufpreis ein vorgehender Gläubiger befriedigt werde, so rückt der nachstehende Gläubiger nicht, wie in der Regel (S. 826), vor, sondern der Käufer tritt in die Rechtsstellung des befriedigten Gläubigers ein; er erhält zwar, als an seiner eigenen Sache, kein eigentliches Pfandrecht, aber der nachstehende Gläubiger kann sich seines Pfandrechts gegen ihn nur wie gegen den befriedigten Gläubiger bedienen, d. h. er muß ihm dessen Forderung (in Ausübung des ius offerendi, S. 827) bezahlen, ehe er die Sache zum Verkaufe bringen kann (D. 20, 4, 17).

4. Ein Übergang des Pfandrechts findet auch im Falle der Ausübung des ius offerendi et succedendi durch einen nachstehenden Gläubiger statt. In Höhe der Abfindungssumme wird der Abfindende Gläubiger des Pfandschuldners, sein Pfandrecht erstreckt sich auch auf diesen Betrag und er rückt in den Rang des abgefundenen Gläubigers ein (D. 20, 4, 12, 6).[3])

b. Untergang des Pfandrechts[4]).

1. Dem Pfandrecht eigentümliche Beendigungsgründe.

α. Das Pfandrecht endet als akzessorisches Recht mit

---

[3]) Mit diesen Fällen, in denen das mit einer untergehenden Forderung bisher verbundene Pfandrecht sich mit einer anderen, neu entstehenden, verbindet, nicht zu verwechseln ist die sog. Prioritätszession, bei welcher mehrere Pfandgläubiger unter Aufrechterhaltung ihrer Forderungen durch Vereinbarung untereinander ihr Rangverhältnis ändern. ZB.: Primus hat 1000, Sekundus 500, Tertius 2000 von A zu fordern und alle haben in der angegebenen Reihenfolge Hypotheken an einem Grundstück; Primus räumt dem Tertius die Priorität ein. Dann wirkt dies nach rR. nur unter den Beteiligten. Werden also beim Verkauf des Grundstücks 2000 erzielt, so erhält Tertius (an Stelle des Primus) 1000, dann Sekundus seine 500, den Rest Tertius. Verzichtet ferner der zurücktretende Primus auf seine Hypothek, so rückt Sekundus vor (vgl. AGG. § 30 und EO. § 218 Abs. 2).

[4]) Vgl. D. 20, 6: Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

dem Untergange der versicherten Forderung[5]). Jedoch bleibt das Pfandrecht bestehen, wenn die Forderung als naturalis obligatio übrig bleibt (D. 20, 1, 14, 1; vgl. S. 333[12]). Dies kommt zB. vor, wenn die persönliche Forderung verjährt ist, während der Pfandanspruch (nämlich in den Fällen, in denen er erst durch vierzigjährige Verjährung untergeht, S. 816) noch nicht verjährt ist[6]).

Über das nach Tilgung der gesicherten Forderung wegen anderer Forderungen des Pfandgläubigers bestehen bleibende Zurückbehaltungsrecht (pignus Gordianum) vgl. oben S. 435.

β. Der rechtmäßige Pfandverkauf beendet das Pfandrecht des betreibenden Gläubigers und alle nachstehenden Pfandrechte (S. 826; vgl. EO. §§ 152, 153, 223 u. 237, KO. §§ 142 und 144).

2. Allgemeine Endigungsgründe.

α. Der Pfandgläubiger kann auf sein Pfandrecht verzichten (remissio pignoris, C. 8, 25; ebenso ABGB. § 467; nicht zu verwechseln mit dem Verzicht auf die persönliche Forderung).[7])

---

[5]) Daher siegte der Kläger bei der actio hypothecaria nur (vgl. die Formel, S. 802[5]), wenn festgestellt wurde „eam pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactam esse".

[6]) Namentlich in Hinblick auf diese Rechtserscheinung ist in neuerer Zeit vielfach (besonders von Windscheid) die Ansicht vertreten worden, daß das einmal begründete Pfandrecht auch bereits nach rR. noch nach Untergang der Forderung fortbestehen konnte, die streng akzessorische Natur des Pfandrechts also bereits von den Römern nicht festgehalten worden sei. Die von den Römern in solchen Fällen angenommene naturalis obligatio sei nur im Interesse theoretischer Vermittlung konstruiert (vgl. namentlich die viel besprochene l. 61, pr. D. 36, 1, in der Paulus in einem solchen Falle sagt: „remanet ergo propter pignus naturalis obligatio").

Nach ABGB. § 469 hört das Pfandrecht durch die Tilgung der Schuld auf. Zur Aufhebung der Hypothek ist jedoch auch die grundbücherliche Löschung erforderlich; vgl. ABGB. § 1369.

[7]) Als Verzicht gilt die vorbehaltlose Zustimmung zur weiteren Verpfändung (D. 20, 6, 12) oder zur Veräußerung der Pfandsache (D. 20, 6, 4, 1), ferner die vorbehaltlose Rückgabe des Faustpfands

β. Das Pfandrecht endet durch Untergang der verpfändeten Sache, sei es, daß die Sache physisch zu sein aufhört (D. 20, 6, 8, pr.) oder daß sie aufhört, selbständige Sache zu sein, zB. durch Einbauen und Einfügen, sei es, daß sie dem Privatverkehr entzogen wird (vgl. ABGB. § 467). Es erhält sich am Boden, wenn das verpfändete Haus abbrennt, und geht auf das an Stelle des abgebrannten Hauses neu errichtete über (D. 20, 1, 29, 2; 20, 1, 35); durch Spezifikation geht es mangels anderweitiger Verabredung unter (D. 13, 7, 18, 3). Das Pfandrecht endet auch durch Endigung des verpfändeten Rechts an einer fremden Sache (D. 20, 6, 8, pr.). Surrogate der Sache treten bei der Verpfändung einzelner Sachen (vgl. dagegen S. 812) in die Pfandhaftung nur ein, wenn es besonders bestimmt ist, zB. die hyperocha (vgl. D. 13, 7, 18, 2).

γ. Das pignus als ius in re aliena endet, wenn Eigentum und Pfandrecht in derselben Person zusammentreffen (confusio s. consolidatio, D. 50, 17, 45, pr., ABGB. § 1445). Aus Billigkeitsgründen haben die Römer indessen diesen Grundsatz durchbrochen, wenn eine Sache mehrfach verpfändet ist und Eigentum und Pfandrecht in der Person eines vorstehenden Gläubigers sich vereinigen (zB. der vorstehende Pfandgläubiger wird, ohne sein Pfand-

---

(D. 13, 7, 3, C. 8, 25, 9, 1) oder der Verpfändungsurkunde (C. 8, 25, 7).

Als Verzicht gilt ferner die Nichtmeldung ortsanwesender Pfandgläubiger auf eine öffentliche Aufforderung beim Verkaufe des Pfandgrundstücks; C. 8, 25, 6: Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programmate admoniti creditores, cum praesentes essent, ius suum exsecuti non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse (vgl. für das richterliche Mobiliarpfandrecht EO. § 285 Schlußs.). Bei den öffentlichen Verkäufen des Fiskus bedarf es nicht einmal eines solchen Aufrufs (C. 8, 25, 8). Dieser Ausschluß gewährte bei der Unmöglichkeit, den Hypothekenstand eines Grundstücks zu übersehen (S. 795[4]), dem Käufer eine gewisse Sicherung. Ähnlich wirkte die Verschweigung im deutschen Recht. Durch dolose Verschweigung von Pfandrechten an der Sache bei einer Verpfändung oder Veräußerung wird die Strafe des Stellionats verwirkt (D. 47, 20, 3, 1).

recht zu kennen, Eigentümer, D. 44, 2, 30, 1, sog. lex Latinus Largus), vorausgesetzt, daß nicht ein Verzicht auf das Pfandrecht anzunehmen ist. Man spricht hier von einem pignus in re sua. Als Wirkungen desselben sind eine exceptio gegenüber der actio hypothecaria nachstehender Pfandgläubiger (D. 20, 4, 17, C. 8, 18, 3) und anderseits die Zulassung des ius offerendi zu deren Gunsten anerkannt [8]).

δ. Streitig ist (S. 727[22]), ob das Pfandrecht durch die Ersitzung des Eigentums der verpfändeten Sache untergeht (D. 20, 1, 1, 2; vgl. ABGB. § 1467). Jedenfalls kann es durch eine besondere, 10 oder 20 Jahre (inter absentes, S. 723) erfordernde usucapio libertatis (titulierte Innehabung der Sache in Unkenntnis des Pfandrechts) fortfallen (C. 7, 36, 1 u. 2). Über die Verjährung der Pfandklage vgl. S. 816 und ABGB. § 1483.

---

[8]) Ob hieraus zu folgern ist, daß die Römer schon ein Pfandrecht an der eigenen Sache anerkannt haben, ist streitig. Dagegen erkennt das deutsche BGB. eine Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld an, nicht auch das ABGB.

Für das Mobiliarpfandrecht gilt ähnliches wie im rR. (ABGB. § 1445).

# Viertes Buch. Familienrecht.

## Erster Abschnitt. Ehe.

### § 143. Eingehung der Ehe.

a. Begriff der Ehe.

1. Das Familienrecht umfaßt die Vorschriften, welche die durch die Familienverbindung (S. 180) hervorgerufenen Rechtsbeziehungen persönlicher und vermögensrechtlicher Natur ordnen. Dazu gehören die Beziehungen der Ehegatten zueinander, die der sonstigen Verwandten, insbesondere der Aszendenten und Deszendenten, zueinander, endlich die Vormundschaft[1]).

2. Ehe ist die vom Recht anerkannte Vereinigung eines Mannes und einer Frau zu dauernder Lebensgemeinschaft (vgl. ABGB. § 44).[2]) Ihr geht meist ein Ver-

[1]) Im ABGB. ist das Familienrecht im 1. Teile „Von dem Personenrechte" und zwar in den Hauptstücken 2—4 („Von dem Eherechte", „Von den Rechten zwischen Eltern und Kindern", „Von den Vormundschaften und Kuratelen"), zum Teil auch im 1. Hauptstücke („Von den Rechten, welche sich auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse beziehen") behandelt. Das Ehegüterrecht ist in der 2. Abteilung des 2. Teils „Von den persönlichen Sachenrechten" und zwar im 28. Hauptstück („Von den Ehepakten") geregelt.

In den Digesten ist das Familienrecht in den Büchern 23—27, im Codex in Buch 5 behandelt.

[2]) Vgl. D. 23, 2, 1: Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris

löbnis vorher, d. h. eine Vereinbarung zwischen Mann und Frau, miteinander die Ehe eingehen zu wollen.

b. Verlöbnis (sponsalia).[3])

1. Ursprünglich mußte das Verlöbnis durch wechselseitige Sponsionen (S. 152) zwischen dem Bräutigam und dem Vater der Braut geschlossen werden (daher die Ausdrücke sponsalia, sponsus, sponsa, D. 23, 1, 1 ff.); später wird das Verlöbnis formlos gültig (D. 23, 1, 4). Zustimmen müssen alle, die einer Eheschließung zustimmen müßten (S. 837, D. 23, 1, 11 ff.). Es gelten auch die gleichen Ehehindernisse (S. 837); nur können auch impuberes (nicht aber infantes, D. 23, 1, 14) sich verloben.

2. Das Verlöbnis (als bloße spes matrimonii) begründet keine Klage auf Eingehung der Ehe, es ist vielmehr

---

communicatio; I. 1, 9, 1: viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens.

Neben der in ehelicher Absicht (affectio maritalis) begründeten Geschlechtsverbindung erkannte das rR. seit der lex Iulia et Papia Poppaea (S. 97[5]) eine ohne die Absicht, sich mit einer gleichstehenden „uxor" zu verbinden, eingegangene dauernde Geschlechtsgemeinschaft, den concubinatus an (D. 27, 7, C. 5, 26: De concubinis). Während nämlich der außereheliche Geschlechtsverkehr mit einer honesta femina grundsätzlich als stuprum bestraft wurde (D. 48, 5, 35, pr.), wurde er mit solchen Personen, mit denen wegen Standesverschiedenheit oder Anrüchigkeit eine Ehe verboten war (S. 839), insbesondere mit Freigelassenen, als straflos behandelt (extra legis — sc. Iuliae de adulteriis — poenam est, D. 25, 7, 3, 1). Später blieb der Konkubinat auch mit einer honesta femina straflos, wenn der Mann ihr vor Zeugen erklärte (testatio), daß er sie nur zur Konkubine nehme. Für in vollgültiger Ehe lebende Männer, ferner unter Verwandten und mit noch nicht 12 Jahr alten Mädchen ist der Konkubinat verboten, ebenso mehrfacher Konkubinat. Die Konkubinenkinder (liberi naturales) sind uneheliche Kinder, werden aber seit Konstantin in einzelnen Beziehungen (Legitimation, Unterhaltspflicht, Intestaterbrecht, unten § 151) vor den sonstigen unehelichen Kindern (spurii, vulgo quaesiti) bevorzugt. Die Konkubine des Vaters darf von dessen Sohne nicht geheiratet werden (C. 5, 4, 4). Unter Leo Philosophus wird der Konkubinat verboten, ebenso in Deutschland; auf deutschrechtlicher Grundlage beruht das Institut der morganatischen Ehe („zur linken Hand").

[3]) D. 23, 1, C. 5, 1: De sponsalibus.

durch einfache Aufkündigung (renuntiatio, D. 24, 2, 2: condicione tua non utor) löslich. Auch eine mittelbare Erzwingung durch Versprechen einer Vertragsstrafe oder Pfandbestellung ist als contra bonos mores gerichtet[4]) unzulässig. Es ist nicht einmal ein Schadensersatzanspruch wegen grundloser Auflösung des Verlöbnisses gegeben. Eine etwa gegebene Draufgabe (arrha sponsalicia) verfällt jedoch zugunsten des schuldlosen Empfängers, während der schuldige Empfänger sie doppelt zurückerstatten muß (C. 5, 1, 5).

3. Die Brautgeschenke (sponsalicia largitas) gelten im Zweifel als unter der Voraussetzung der späteren Eheschließung hingegeben, können also mit condictio causa data causa non secuta (S. 621) zurückgefordert werden, wenn die Ehe nicht zustande kommt, es sei denn, daß der Geber selbst das Nichtzustandekommen der Ehe verschuldet hat (C. 5, 3, 15; ABGB. § 1247). Ferner verbleibt bei Geschenken an die Braut dieser oder ihren Erben die Hälfte, wenn das Verlöbnis durch den Tod eines der Verlobten aufgelöst ist, aber nur „osculo interveniente", d. h. wenn die Verlobten schon in engere persönliche Beziehungen getreten sind (C. 5, 3, 16).[5])

---

[4]) D. 45, 1, 134, pr.: quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta. Dagegen konnte früher aus den Sponsionen mit einer actio ex sponsu geklagt werden.

[5]) Andere Rechtsfolgen des Verlöbnisses sind: Die Tötung des Verlobten gilt als ein parricidium (D. 48, 9, 3 und 4), bina sponsalia machen infam wie Doppelehe (D. 3, 2, 1), der lex Iulia de fundo dotali (S. 219) untersteht auch schon der Bräutigam (D. 23, 5, 4), Geschlechtsverkehr der Braut mit einem Fremden gilt als adulterium (D. 45, 5, 14, 3).

Auch nach ABGB. kann aus einem Verlöbnisse nicht auf Eingehung der Ehe oder auf Leistung des für den Fall des Rücktritts Bedungenen (namentlich Vertragsstrafe) geklagt werden (§ 45), dagegen begründet grundloser Rücktritt eine Schadensersatzpflicht (§ 46). Die Brautgeschenke können bei Auflösung des Verlöbnisses, sofern der Geschenkgeber nicht daran Schuld trägt, zurückgefordert werden, § 1247.

c. Eheschließung[6]).

1. Allgemeines.

α. Die Römer unterscheiden bis in die spätere Kaiserzeit: die nach ius civile geschlossene Ehe (matrimonium iustum s. legitimum), die nur zwischen Personen möglich ist, welche des connubium (S. 177) teilhaftig sind; und die auf ius gentium beruhende, auch Nichtbürgern zugängliche natürliche Ehe (matr. iuris gentium). Bei der ersteren erhält der Ehemann die patria potestas (§ 150 a) über die darin erzeugten Kinder und diese folgen dem status des Vaters zur Zeit der Erzeugung (S. 163). Bei der natürlichen Ehe folgen die Kinder dagegen — abgesehen vom favor libertatis (S. 164) — dem status der Mutter zur Zeit der Geburt; nur sollen nach einer lex Minicia Kinder aus der Ehe zwischen Römern und Peregrinen stets deterioris parentis condicionem sequi (der „ärgeren Hand" folgen), also Peregrinen sein.

Die civilrechtliche Ehe kann wieder in zwei Arten geschlossen werden: entweder als Ehe mit manus, wobei die — hier als mater familias s. matrona bezeichnete — Frau aus ihrer angestammten Familie ausscheidet und völlig in die Familie ihres Mannes eintritt, also eine capitis diminutio minima (S. 184) erleidet, und die freie Ehe ohne conventio in manum mariti („uxor tantummodo"). Beide Arten waren nach Voraussetzungen und Wirkungen voneinander verschieden (S. 841, 845).

Im justin. Recht gehören alle diese Unterscheidungen der Vergangenheit an, da alle freien Einwohner römische Bürger sind (S. 176) und die Manusehe nicht mehr vorkommt (S. 843); es gibt nur eine Art von iustae nuptiae.

β. Zur Eingehung einer gültigen Ehe bedarf es des Vorliegens bestimmter Voraussetzungen. Einmal müssen bei den Verlobten gewisse Eigenschaften und Umstände vorhanden sein, deren Mangel man heute als Ehehindernisse

---

[6]) D. 23, 2: De ritu nuptiarum; I. 1, 10, C. 5, 4: De nuptiis.

(impedimenta matrimonii)[7]) bezeichnet (unten 2); und ferner fragt es sich, in welcher Form die Ehe zu schließen ist (unten 3).

2. Ehehindernisse.

α. Ehefähigkeit.

a. Eine Ehe schließen können nur Freie. Die mit affectio maritalis eingegangenen Geschlechtsverbindungen unter oder mit Sklaven begründen keine nuptiae, sondern ein bloßes contubernium. Die daraus entstehenden Verwandtschaften (serviles cognationes) gelten jedoch nach der Freilassung als Ehehindernis (D. 23, 2, 14, 2).

b. Eheunfähig aus in ihrer Person liegenden Gründen sind: impuberes, Wahnsinnige (ebenso ABGB. § 48) und Kastraten, nicht aber — wie nach ABGB. § 60 — auch von Natur Zeugungsunfähige (spadones, D. 23, 3, 39, 1).

β. Mangelnder Konsens.

Außer der Zustimmung der „Nupturienten" selbst bedarf es für Hauskinder stets der Zustimmung ihrer Gewalthaber (I. 1, 10, pr., D. 23, 3, 2); sie muß bei Söhnen ausdrücklich sein, bei Töchtern genügt es, wenn der Gewalt-

---

[7]) Vgl. G. 1, 58 ff. Non tamen omnes nobis uxores ducere licet; nam a quarundam nuptiis abstinere debemus. Man unterscheidet heute: absolute Ehehindernisse, die jede Ehe einer Person, und relative, die ihre Ehe nur mit bestimmten anderen Personen hindern; ferner impedimenta matrimonii impedientia (tantum), aufschiebende Ehehindernisse oder richtiger Eheverbote, bei deren Vorliegen die Ehe unterbleiben soll, ohne daß jedoch die einmal geschlossene Ehe ungültig ist (zB. ABGB. § 120 und Wehrgesetz vom 11. April 1889 § 50), und dirimentia, auflösende Ehehindernisse, deren Vorhandensein die Ungültigkeit der Ehe herbeiführt. Unter den imp. matr. dirimentia sind wieder zu unterscheiden: die imp. dirim. publica (ABGB. §§ 94, 56, 62 bis 68, 75 und 119), bei denen Einschreiten von Amts wegen stattfindet, und die imp. dirim. privata, welche nur auf Ansuchen der in ihren Rechten Gekränkten untersucht werden (ABGB. §§ 94, 48—51, 55, 57, 58, 60 und 70). Das ABGB. trifft übrigens eine andere Einteilung der Ehehindernisse: a. Abgang der Einwilligung. b. Abgang des Vermögens zum Zwecke. c. Abgang der wesentlichen Förmlichkeiten.

haber nicht widerspricht. Minderjährige Töchter bedürfen ferner der Zustimmung des Vaters, auch wenn sie nicht in seiner Gewalt stehen. Endlich kann für eine Haustochter von ihrem Gewalthaber auch gegen ihren Willen eine Ehe geschlossen werden, nur nicht mit einer turpis persona (S. 189).

Verweigert der Gewalthaber grundlos seine Einwilligung, so kann er „ex constitutione Severi et Antonini" vom Magistrat genötigt werden, die Tochter „in matrimonium collocare et dotare" (D. 23, 2, 19).

Die ohne die erforderliche Einwilligung geschlossene Ehe ist nichtig[8]).

γ. Bestehende Ehe.

Das rR. beruht (gleich dem ABGB. § 62) auf der Monogamie (G. 1, 63: neque eadem duobus nupta essr potest, neque idem duas uxores habere). Auch eine Konkubine darf der Mann neben einer Ehefrau nicht haben (S. 834[2]). Der Ehebruch wird aber nur bei der Frau, nicht beim Manne bestraft (anders StGB. § 502).

δ. Verwandtschaft und Schwägerschaft.

a. In der geraden Linie bilden Verwandtschaft, Schwägerschaft und Adoptivverwandtschaft jeden Grades — und zwar auch nach Aufhebung der die Affinität begründenden Ehe und des Adoptivverhältnisses — ein Ehehindernis (I. 1, 10, 1).

b. In der Seitenlinie war die Ehe anfänglich zwischen Verwandten bis zum 6. Grade, also unter Geschwisterenkeln (sobrini, S. 183) verboten. Unter Klaudius wurde — zur Ermöglichung seiner Ehe mit Agrippina, der Tochter seines Bruders Germanikus — durch einen Senatsbeschluß die Ehe mit der Brudertochter erlaubt. Nach

---

[8]) Nach ABGB. §§ 49 ff. bedürfen Minderjährige und Pflegebefohlene, um eine gültige Ehe eingehen zu können, der Einwilligung ihres ehelichen Vaters, bezw. der Vormundschaftsbehörde; bei grundloser Weigerung des ehelichen Vaters können die Eheswerber die Hilfe des Gerichts ansuchen.

justin. Recht ist die Ehe verboten unter Geschwistern und wegen des respectus parentelae — mit Geschwisterkindern (I. 1, 10, 3 u. 4), ferner mit der Witwe des verstorbenen Bruders und der Schwester der verstorbenen Frau (C. 5, 5, 5). Im übrigen bildet in der Seitenlinie die Schwägerschaft überhaupt kein Ehehindernis, die Adoptivverwandtschaft nur so lange, als die Agnation besteht (D. 23, 2, 55).[9][10])

ε. Standesunterschied.

Durch die lex Canuleia (445 v. Chr., S. 50) waren die Ehehindernisse zwischen Patriziern und Plebejern beseitigt. Nach der lex Iulia et Papia Poppaea (S. 97[5]) sollten die Ehen von Freigeborenen mit gewissen mulieres infames — zB. mit einer lena (Hurenwirtin), einer in adulterio deprehensa oder iudicio publico damnata, mit einer Person, quae artem ludricam fecerit — und von Personen des Senatorenstandes mit Freigelassenen, Schauspielern oder deren Kindern zwar gültig sein; aber die Strafen der Ehelosigkeit sollten durch solche Ehen nicht vermieden werden. Mark Aurel verbot die Ehen von Senatoren und deren Kindern mit Freigelassenen überhaupt (D. 23, 2, 16, pr.); Justinian — der selbst die Schauspielerin Theodora heiratete (S. 124) — beseitigte jedoch alle diese Beschränkungen (C. 5, 4, 23 u. 29), verbot dagegen die Ehe einer Freien mit einem fremden Kolonen (S. 174, Nov. 22, 17).

ζ. Amtsführung.

Tutoren und Kuratoren sowie ihre Abkömmlinge und Gewalthaber dürfen mit der Bevormundeten vor end-

---

[9]) Justinian verbot ferner wegen einer „cognatio spiritualis" die Ehe zwischen Paten und Täufling (C. 5, 4, 26, 2). Alle verbotenen Ehen sind als incestae et nefariae nichtig, die ihnen entstammenden Kinder unehelich (G. 1, 64).

[10]) Nach ABGB. §§ 65 und 66 ist die Ehe zwischen Verwandten in gerader Linie, zwischen voll- und halbbürtigen Geschwistern, zwischen Geschwisterkindern, wie auch mit den Geschwistern der Eltern ungültig. Das gleiche gilt für die Ehe zwischen Verschwägerten der genannten Grade. — Besonderheiten bei den Judenehen: ABGB. § 125.

gültiger Abnahme der Schlußrechnung keine Ehe schließen (D. 23, 2, 59 ff.), Provinzialbeamte und deren Söhne in väterlicher Gewalt dürfen keine Mädchen ihrer Provinz heiraten (D. 23, 2, 38 u. 57).

*η.* Ehebruch und Entführung

hindern die Ehe unter den Beteiligten (D. 48, 5, 12, 11, und 30, 1, C. 9, 13, 1, 2). Vgl. ABGB. §§ 67 u. 56.

*θ.* Religionsverschiedenheit.

Zwischen Juden und Christen ist die Ehe verboten (C. 1, 9, 6). Vgl. ABGB. § 64.

*ι.* Wartezeit.

Eine Frau darf nicht vor Ablauf eines Jahres (von ehemals 10, später 12 Monaten, S. 313) seit dem Tode des Mannes (oder seit einer Ehescheidung) eine neue Ehe schließen, einmal weil darin eine Verletzung der Trauerpflicht liegt, ferner aber auch wegen der Gefahr einer turbatio sanguinis, weil es nämlich bei einem innerhalb des Jahres geborenen Kinde zweifelhaft sein kann, ob es von dem ersten oder dem zweiten Mann erzeugt sei. Die unter Verletzung des Trauerjahres geschlossene Ehe ist zwar gültig (D. 3, 2, 11, 1); die Frau wird aber infam und verliert das ihr vom ersten Manne Zugewendete (lucra nuptialia, unten § 148 c 2).[11])

[11]) Selbst wenn der Mann zu den Personen gehörte, welche more maiorum lugeri non oportet (D. 3, 2, 11, 1) — wie hostes, perduellionis damnati, suspendiosi (Erhängte), oder qui manus sibi intulerunt non taedio vitae, sed mala conscientia (D. 3, 2, 11, 3) — darf die Frau aus Rücksicht auf die turbatio sanguinis innerhalb der Wartezeit nicht wieder heiraten.

Hat die Frau innerhalb der Wartezeit geboren, so darf sie sogleich wieder heiraten (D. 3, 2, 11, 2).

Die Infamie trifft außer der Frau auch deren Gewalthaber, ferner bei Kenntnis ihren Mann und dessen Gewalthaber (D. 3, 2, 11, 4).

Das in der Wartezeit liegende aufschiebende Ehehindernis gilt nicht für Männer: uxores viri lugere non compelluntur (D. 3, 2, 9, pr.).

Vgl. ABGB. §§ 120 und 121. Die Frau darf nicht vor 6 Monaten, bezw. nicht vor ihrer Entbindung zu einer neuen Ehe

Von den Ehehindernissen, soweit sie nicht auf Naturgesetz beruhen, kann der Senat, später der Kaiser befreien („dispensieren"); vgl. zB. D. 3, 2, 10, pr.; 23, 2, 31.[12])

### 3. Form der Eheschließung.

Das matrimonium legitimum (S. 836) kommt bis in die spätere Kaiserzeit in zwei nach Voraussetzungen und Wirkungen verschieden ausgestalteten Arten vor: als Manusehe und als freie Ehe ohne Manus. Bei der in bestimmter Form einzugehenden Manusehe tritt die Ehefrau (mater familias, matrona) aus ihrem angestammten Hause in das ihres Mannes über, erleidet also eine capitis diminutio minima (S. 184) und kommt unter die hausherrliche Gewalt ihres Mannes (conventio in manum mariti); bei der formlos geschlossenen freien Ehe verbleibt die Frau (hier uxor tantummodo genannt) in ihrer bisherigen Familie. Demgemäß sind auch die persönlichen und die vermögensrechtlichen Wirkungen der Manusehe und der freien Ehe voneinander verschieden (unten § 144).

*α.* Für die Eingehung einer Manusehe gab es drei Wege: die confarreatio, die coemtio und den usus.

a. Die confarreatio war eine religiöse Ehe-

---

schreiten; Dispensation ist möglich. Übertretung des Verbots zieht nicht die Ungültigkeit der neuen Ehe nach sich; die Frau verliert aber die lucra nuptialia.

[12]) Das ABGB. kennt noch eine Reihe anderer Ehehindernisse (Irrtum über die Schwangerschaft der Frau, § 58, höhere Weihen und Gelübde, § 63, Gattenmord, § 68, Fehlen des einmaligen Aufgebots, § 74, sträfliche Veranlassung der Trennung der ersten Ehe, § 119, das sogenannte Ehehindernis des Katholizismus, Hofdekret vom 26. August 1814 und vom 17. Juli 1835), die es zum Teil aus dem kanonischen Recht herübergenommen hat. Auch behandelt das ABGB. das Fehlen der wirklichen Einwilligung in den Ehevertrag wegen Zwanges oder wegen Irrtums in der Person des anderen Eheswerbers als Ehehindernis, §§ 55 und 57. — Auch nach ABGB. §§ 83 ff. ist „aus wichtigen Gründen" die Nachsicht von Ehehindernissen möglich. Die Entscheidung hierüber fällt in den Wirkungskreis der politischen Behörden. Ob alle oder nur einzelne Ehehindernisse dispensabel sind, sagt das ABGB. nicht; doch wird allgemein letzteres angenommen.

schließungsform für Patrizier, benannt nach dem hierbei dem Jupiter darzubringenden panis farreus (Weizenkuchen). Hierbei wurde die Ehe vor dem flamen Dialis, dem pontifex maximus und zehn — die zehn Kurien einer Tribus vorstellenden — Zeugen nach dexterarum iunctio durch verba sollemnia geschlossen, zu denen die Worte gehört zu haben scheinen, durch welche die Braut ihren Eintritt in die Familie und die gens des Mannes kennzeichnete: „Ubi tu es Gaius, ibi ego sum Gaia". Die drei flamines maiores (S. 45) und der rex sacrorum (S. 47) mußten in konfarreierter Ehe leben und einer solchen entstammen; letzteres gilt auch für die virgines Vestales (G. 1, 112). Die in konfarreierter Ehe erzeugten Kinder hießen patrimi und matrimi.

b. Die coemtio war eine rechtsgeschäftliche Eheschließungsform (G. 1, 113 ff.) unter Benutzung der mancipatio. Ursprünglich kaufte der Bräutigam die Braut von ihrem Gewalthaber, später fand ein wechselseitiger Scheinkauf uno asse (S. 150) unter den Verlobten statt (ähnlich ist die Entwicklung des Brautkaufs im deutschen Recht).

c. Eine formlos eingegangene Ehe wird zur Manusehe durch usus, d. h. durch einjähriges ununterbrochenes Bestehen der Ehegemeinschaft[18]). Sollte der Eintritt der Manusehe und damit der Übergang der Frau aus ihrer Familie in die des Mannes verhindert werden, so war nach den 12 Tafeln erforderlich, daß die Frau „quotannis trinoctio (drei Nächte hintereinander) abesset atque eo modo usum cuiusque anni interrumperet" (G. 1, 111).

Die Ususehe wird schon von Gajus als veraltet bezeichnet. Die Konfarreationsehe verlor schon durch einen Senatsschluß von 11 v. Chr. alle rechtliche Bedeutung (G. 1, 136), erhielt sich aber noch bis zur 4. Periode als Priesterehe. Die Eheschließung durch coemtio wird von Gajus als noch praktisch erwähnt, erfolgte aber hauptsächlich

[18]) Die Ususehe führt vermutlich auf die älteste Form der Gewinnung einer Frau, die Raubehe zurück, die erst durch längeres Bestehen rechtswirksam wird (vgl. die Sage vom Raub der Sabinerinnen).

dicis causa (S. 173), d. h. zum Schein zwecks Beseitigung der rechtlichen Beschränkungen, welchen die unverheiratete Frau unterlag[14]). Zu Ulpians Zeit war die Manusehe verschwunden; mater familias bedeutet nun nicht mehr die Frau in einer Manusehe, sondern die mulier sui iuris (D. 1, 6, 4).

β. Die freie Ehe, sine conventione in manum mariti, die für das spätere rR. noch allein in Frage kommt, wird formlos durch bloßen mutuus consensus der Verlobten und ihrer Gewalthaber (S. 837) geschlossen (consensus facit nuptias, D. 50, 17, 30; vgl. D. 35, 1, 15: nuptias non concubitus, sed consensus facit und D. 23, 2, 5—7), wenngleich auch hierbei und bei der deductio in domum mariti Feierlichkeiten üblich waren (D. 24, 1, 66, 1).[15])

---

[14]) Die Scheinkoemtion geschah entweder mit dem eigenen Ehemann oder mit einem Fremden, regelmäßig mit einem kinderlosen Greise und zwar:

a. tutelae evitandae causa (S. 249); oder

b. sacrorum interimendorum causa, wenn sich die Frau von den ihr obliegenden sacra einer ihr angefallenen Erbschaft befreien wollte; oder

c. testamenti faciendi gratia. Damit nämlich das Vermögen einer Frau ihrer angestammten Familie nicht entfremdet würde, konnte sie, so lange sie dieser angehörte, nicht testieren. Unter Hadrian wurde dieser Grundsatz beseitigt (G. 1, 115 a).

In allen diesen Fällen wurde die Erreichung des eigentlichen Zwecks der Eheschließung durch ein pactum fiduciae (S. 151[5]) verbürgt.

[15]) Auch in Deutschland galt nach der Rezeption zunächst die Formlosigkeit der Eheschließung. Erst auf dem Tridentiner Konzil (1545—1563, Decretum „Tametsi") wurde die Eheschließung coram parocho proprio et duobus vel tribus testibus vorgeschrieben.

Das österr. Recht hat die tridentinische Form übernommen. Nach ABGB. § 75 hat die feierliche Erklärung der Einwilligung vor dem ordentlichen Seelsorger eines der Brautleute oder seinem Stellvertreter in Gegenwart zweier Zeugen zu erfolgen. Gleiches gilt für die Judenehen, § 127. Die Form der bürgerlichen Eheschließung ist also eine kirchliche. Nur für Fälle, in denen Personen, die keiner gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgemeinschaft angehören, eine Ehe eingehen wollen oder in denen der Seelsorger die Trauung aus einem staatlich nicht anerkannten Grunde verweigert (Notcivilehe), ist

LIBRARY

## § 144. Die Wirkungen der Eheschließung.

### a. Manusehe.

1. Mit Eingehung einer Manusehe tritt die Frau aus ihrem Vaterhause in das Haus ihres Mannes hinüber. Die agnatischen Beziehungen zu ihren Verwandten hören auf, und sie wird Agnatin ihres Mannes und seiner Verwandten. Sie wird filia familias ihres Mannes und, wenn dieser selbst noch filius familias ist, neptis seines Vaters (G. 2, 159). Sie gilt demnach als agnatische Schwester (sororis loco) ihrer eigenen Kinder. Der Gewalthaber hat daher ihr gegenüber das gleiche Verkaufsrecht (ius mancipandi, zB. zwecks noxae deditio, S. 637[24]), wie den filii und filiae familias gegenüber, wenn dies auch in späterer Zeit nicht mehr praktisch war.

2. Dieser persönlichen entspricht ihre vermögensrechtliche Stellung. Die in manu befindliche Ehefrau ist gleich einem Hauskinde (unter § 150 b 2) aktiv vermögensunfähig. Was sie erwirbt, erwirbt sie unmittelbar dem Mann oder seinem Gewalthaber. Ihre Verpflichtungsgeschäfte dagegen können den Gewalthaber nur nach Maßgabe der actiones adiecticiae qualitatis (S. 301) verbinden. Infolge der durch die Eingehung der Ehe herbeigeführten Vermögensunfähigkeit und capitis diminutio

---

Eheschließung vor der weltlichen Behörde vorgesehen. Gesetz vom 9. April 1870, RGB. Nr. 51, und Gesetz vom 25. Mai 1868, RGB. Nr. 47.

Der Eheschließung hat das Aufgebot (die Verkündigung) an 3 Sonn- oder Festtagen an die gewöhnliche Kirchenversammlung des Pfarrbezirks, in dem jeder der beiden Brautleute wohnt, vorauszugehen, §§ 70 ff. Ebenso bei Judenehen, § 126. Zur Gültigkeit der Ehe ist einmaliges Aufgebot genügend, § 74. Gehören die Brautleute keiner gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgemeinschaft an oder weigert sich der Seelsorger aus einem staatlich nicht anerkannten Grunde, das Aufgebot vorzunehmen, so findet das Civilaufgebot (öffentlicher Anschlag) durch die politische Bezirksbehörde statt. Vgl. die oben zitierten Gesetze von 1870 und 1868.

Die Eheschließung ist durch den Seelsorger in das Trauungsbuch einzutragen, §§ 80—82 und 128. Gleiches gilt von den Eintragungen der Civiltrauungen.

minima geht ihr Aktivvermögen als Ganzes[1]) auf den neuen Gewalthaber über (adquisitio per universitatem, S. 230), während ihre Schulden erlöschen. Doch werden die untergegangenen Ansprüche nach erfolgter in integrum restitutio (S. 242) gegen den Mann gewährt[2]), der jedoch nur mit den empfangenen Vermögensgegenständen haftet; diese unterliegen also nach wie vor dem Zugriffe der vorehelichen Gläubiger der Frau. Für Schulden einer an die Frau gefallenen Erbschaft (hereditarium aes alienum) haftet der Mann ohne weiteres (G. 3, 84).

3. Auch für das Erbrecht hat die in manu befindliche Frau die Stellung einer Agnatin. Sie beerbt also den Gewalthaber wie eine Tochter oder Enkelin und ebenso besteht zwischen ihr und den Hauskindern Geschwistererbrecht (G. 3, 3 u. 14).

b. Freie Ehe.

Das für das justin. Recht allein noch in Betracht kommende (S. 843) matrimonium sine conventione in manum hatte weitaus geringere Wirkungen als die Manusehe. Abgesehen von der Stellung der Kinder (S. 163) ist es hierbei unerheblich, ob die Ehe nach ius civile oder nach ius gentium zu beurteilen ist.

1. In der Ehe ohne Manus bleibt die Frau auch nach der Verheiratung in ihrer angestammten Familie. Daraus folgt:

α. Eine capitis diminutio minima tritt nicht ein, die Eheschließung als solche hat auf die Vermögensverhältnisse der Frau keinen Einfluß. Sie bleibt verpflichtungsfähig und hinsichtlich ihres Vermögens nach wie vor allein verfügungsberechtigt. Es ist allerdings von jeher üblich gewesen, daß die Frau oder ihr Gewalthaber zu dem an sich

[1]) Vgl. nur G. 3, 83: Exceptis his quae per capitis deminutionem pereunt quales sunt usufructus, operarum obligatio libertinorum quae per iusiurandum contracta est, et lites contestatae legitimo iudicio; vgl. S. 184.

[2]) Als actio utilis (ficticia, S. 397); G. 4, 38: rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminuta non esse.

dem Manne zur Last fallenden Eheaufwande (S. 847) dadurch beiträgt, daß dem Manne eine dos bestellt wird. Es kommt ferner vor, daß sie ihm auch ihr sonstiges Vermögen (parapherna) zur Verwaltung überläßt. In beiden Fällen bedarf es jedoch rechtsgeschäftlicher Akte. Über das hierauf beruhende Ehegüterrecht des rR. ist unten in §§ 145 ff. zu sprechen.

β. Die Frau behält ihr agnatisches Erbrecht in ihrer angestammten Familie, erhält aber anderseits nach ius civile auch kein Erbrecht gegenüber ihrem Mann und seinen Verwandten, ja nicht einmal gegenüber ihren eigenen Kindern. Umgekehrt haben auch Mann und Kinder nach ius civile kein gesetzliches Erbrecht gegenüber der Ehefrau und Mutter. Erst in der späteren Entwicklung wird dieser unserem heutigen Empfinden (vgl. ABGB. §§ 732, 733, 735, 757 bis 759) widersprechende Grundsatz gemildert:

a. Das prätorische Recht gewährte den Ehegatten ein wechselseitiges Erbrecht, aber nur beim Mangel aller sonstigen Intestaterben (bonorum possessio ex edicto unde vir et uxor, unten § 157 a 2 γ δ). Justinian gab ferner der mulier inops et indotata ein beschränktes Pflichtteilsrecht; unten § 157 a 4 β a.

b. Ein SC. Tertullianum (zur Zeit Hadrians) gewährte der Mutter gegenüber ihren Kindern und ein SC. Orfitianum (178 n. Chr.) den Kindern gegenüber der Mutter ein gesetzliches Erbrecht (unten § 157 a 3).

γ. Da die Frau trotz ihrer Verheiratung unter der Gewalt des bisherigen Gewalthabers verbleibt, kann dieser anfänglich auch dem Manne gegenüber die Rückkehr der Frau mit dem interdictum de liberis exhibendis vel ducendis (S. 614[1]) erzwingen; erst im nachklassischen Recht erhält das dem Ehemanne bis dahin nur gegen dritte zustehende interdictum de uxore exhibenda Wirksamkeit auch gegen den bisherigen Gewalthaber (D. 43, 30, 2, C. 5, 4, 11).

2. Die Frau teilt Rang (C. 12, 1, 13), Wohnsitz (D. 50, 1, 38, 3) und Gerichtsstand des Mannes (D. 5, 1, 65); vgl. ABGB. § 92, JN. §§ 70 u. 73.

3. Der Ehemann trägt die onera matrimonii (D. 23, 3, 7, pr., ebenso ABGB. § 91); er hat die Frau insbesondere standesgemäß zu unterhalten (D. 24, 1, 21, pr. u. 31, 8; 24, 3, 22, 8, ABGB. § 91) und zu schützen (D. 47, 10, 2: defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est), insbesondere auch in Prozessen zu vertreten (C. 5, 12, 19; ABGB. § 91); die Beleidigung der Frau gilt als mittelbare Beleidigung des Mannes (D. 47, 10, 1, 9).

4. Wegen der unter den Ehegatten bestehenden Lebensgemeinschaft (vgl. ABGB. § 44) sollen sie gegeneinander kein Zeugnis abzulegen brauchen (D. 22, 5, 4, vgl. CPO. § 321, StPO. § 152), ferner keine actiones poenales anstellen (D. 25, 2, 2: in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur). Die condictio furtiva ist ihnen gegeneinander versagt. Im Fall eines in Hinblick auf eine bevorstehende Ehescheidung begangenen Diebstahls steht den Ehegatten nur eine nicht infamierende actio rerum amotarum (D. 25, 2, C. 5, 21) zu, aber erst nach erfolgter Ehescheidung (D. 25, 2, 25).

Ehegatten haben ferner gegeneinander das beneficium competentiae (S. 434). Über die Interzession der Ehefrau vgl. S. 250.

5. Schenkungen unter Ehegatten sind, wie S. 538 dargelegt, nichtig, anders ABGB. § 1246. In Verbindung hiermit steht eine — nach ihrem Urheber (S. 112) sogenannte — gesetzliche Vermutung, die praesumtio Muciana[3]), nach welcher die im Besitz eines Ehegatten befindlichen Vermögensstücke bis zum Beweise des Gegenteils als Eigentum des Mannes gelten (ähnlich ABGB. § 1237).

6. Die Frau schuldet dem Mann obsequium (Leitung des Hauswesens, D. 38, 1, 48, pr.) und reverentia. Vgl. ABGB. § 92.

[3]) D. 24, 1, 51: Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.

## § 145. Ehegüterrecht. Allgemeines.

Wie schon S. 845 bemerkt, wird bei der hier allein noch in Betracht zu ziehenden freien Ehe durch die Eheschließung allein in den Vermögensverhältnissen der Gatten nichts geändert: jeder Gatte bleibt Eigentümer der ihm zur Zeit der Eheschließung gehörenden Vermögensstücke und hat darüber die freie Verfügung. Eine Veränderung in den Vermögensbeziehungen der Gatten tritt vielmehr nur kraft Rechtsgeschäfts ein, nämlich wenn die Frau (oder ein Dritter für sie) dem Mann ein Heiratsgut gewährt (dos, unten § 146) oder die Verwaltung ihres sonstigen Vermögens (parapherna, unten § 147 a) überträgt; oder wenn umgekehrt der Mann der Frau eine Gegengabe (donatio propter nuptias, unten § 147 b) gewährt [1]).

---

[1]) Das auf diesen Grundsätzen beruhende Ehegüterrecht des rR. (System der Gütertrennung oder Dotalrecht) wurde bei der Rezeption des rR. in Deutschland mit aufgenommen und ist daher als das gemeinrechtliche anzusehen; in Wahrheit ist es nur in einem kleinen Teile Deutschlands zur praktischen Anwendung gelangt. In dem größten Teile blieb die deutschrechtliche Auffassung in Geltung, nach welcher die unter den Ehegatten bestehende Lebensgemeinschaft auch ihre Vermögensbeziehungen beeinflußt. Es bildeten sich zahlreiche partikuläre Güterrechte aus, die sich nach ihren Hauptgrundsätzen drei Systemen unterordnen lassen:

a. das System der Verwaltungsgemeinschaft, wobei die Ehefrau Eigentümerin ihres Vermögens bleibt, dessen Verwaltung und Nutznießung aber dem Manne zusteht;

b. das System der allgemeinen Gütergemeinschaft, wobei das Vermögen der Frau mit dem des Mannes zu einer einheitlichen Vermögensmasse vereinigt wird, deren Verwaltung dem Manne gebührt;

c. das System der teilweisen (partikulären) Gütergemeinschaft, wobei nur bezüglich eines Teils des Vermögens Gütergemeinschaft eintritt — nämlich entweder bezüglich der während der Ehe durch Arbeit erworbenen Vermögensstücke (Errungenschaftsgemeinschaft) oder der Mobilien (Mobiliargemeinschaft) —, während im übrigen Verwaltungsgemeinschaft gilt.

Das ABGB. (§§ 1217—1266) folgt im allgemeinen dem rR.; jeder Gatte behält sein voriges Eigentumsrecht (§ 1237). Doch können die Ehegatten durch Vertrag — Ehepakte —, zu deren Gültigkeit Aufnahme eines Notariatsaktes erforderlich ist (§ 1 des Ges. vom

## § 146. Die Dos.

Dos (Heiratsgut, in älterer Zeit res uxoria genannt) ist das von der Frau (oder für sie) dem Manne ad matrimonii onera ferenda, „zur Erleichterung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes" (ABGB. § 1218) übergebene Vermögen.

### a. Bestellung der Dos[1]).

1. Verpflichtet zur Bestellung einer Dos sind:

*α.* die Ehefrau gegenüber dem Ehemanne, jedoch nur naturaliter (D. 12, 6, 32, 2, S. 438);

*β.* der Vater seit der lex Iulia de maritandis ordinibus (lex Iulia et Papia Poppaea, S. 97[5], D. 23, 2, 19). Später wird die Dotationspflicht auch dem väterlichen Großvater auferlegt (D. 37, 6, 6). Im Falle einer zweiten Ehe sind Vater und Großvater auch zur Redotation verpflichtet (Nov. 97, 5). Auch gegenüber der emanzipierten Tochter besteht die Dotationspflicht (C. 5, 11, 7, 2);

*γ.* die Mutter (C. 5, 12, 14), aber nur „ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa". Justinian verpflichtete jedoch die ketzerische Mutter in allen

---

25. Juli 1871, RGB. Nr. 76) ihre Güterrechtsverhältnisse frei ordnen (§ 1217) und so Verwaltungsgemeinschaft, allgemeine oder teilweise Gütergemeinschaft (§§ 1233–1236), dann verschiedene Versorgungen auf den Überlebensfall (§§ 1242, 1255–1259) beschließen; ebenso ist die Bestellung einer dos (Heiratsgut) an den Mann und einer donatio propter nuptias (Widerlage) an die Frau möglich (§§ 1218 ff. und 1230). Deutschrechtlicher Anschauung entspringt es, daß auch ohne besonderen Vertrag dem Manne, solange die Ehegattin nicht widersprochen hat, die Verwaltung ihres Paraphernalvermögens zusteht (§§ 1238 u. 1239). Deutschrechtlicher Anschauung entspricht ferner das Institut der Morgengabe (§ 1232), die Zulassung von Erbverträgen (§§ 1249 ff.) und die Aufhebung des Verbotes der Schenkungen unter Ehegatten (§§ 1246 und 1247).

Das deutsche BGB. hat als gesetzliches Güterrecht die Verwaltungsgemeinschaft aufgenommen (§ 1363); nur ausnahmsweise tritt kraft Gesetzes Gütertrennung ein (§ 1426).

[1]) D. 23, 3, C. 5, 12: De iure dotium.

Fällen, ihre orthodoxe Tochter zu dotieren (C. 1, 5, 19, 3).[2])

Der Anspruch auf Bestellung der dos steht der Frau zu, die Bestellung selbst hat aber an den Mann zu erfolgen, und wenn er selbst noch in väterlicher Gewalt steht, an seinen Vater (D. 24, 3, 22, 12 u. 31, 3).

Die von einer dotationspflichtigen Person bestellte Dos heißt dos necessaria, im Gegensatze zu der freiwillig bestellten dos voluntaria; die vom Vater oder seinem Vorfahren bestellte Dos heißt dos profecticia, die von der Frau selbst, ihren Vorfahren oder dritten bestellte Dos dos adventicia (D. 23, 3, 5, 11). Hat sich der Besteller der dos durch Vertrag deren Rückgabe bei Auflösung der Ehe ausbedungen (S. 857), so spricht man von einer dos recepticia (D. 39, 6, 31, 2).

2. Die Bestellung einer Dos gilt nicht als Schenkung an den Mann (D. 24, 1, 18 u. 44, 7, 19). Wohl aber kann in der Bestellung einer dos eine Schenkung an die Frau und an die zu deren Dotation Verpflichteten liegen; dann bedarf es für die Dosbestellung jedoch keiner gerichtlichen Insinuation (S. 535, C. 5, 12, 31). Sie kann erfolgen durch Zuwendung von Eigentum und dinglichen Rechten, insbesondere eines Nießbrauchs (D. 23, 3, 7, 2 u. 3), durch Abtretung (D. 23, 3, 36) und Neubegründung einer Forderung (D. 23, 3, 41, pr.), durch Verzicht auf eine Forderung an den Ehemann (D. 23, 3, 41, 2) oder auf eine dem Besteller der Dos angefallene Erbschaft, die infolge dieses Verzichts dem Ehemanne zufällt

---

[2]) Nach kanon. Recht (X. 5, 16, 1) muß ferner der Verführer die Verführte heiraten und dotieren (duc et dota, woraus die Praxis duc aut dota machte).

Nach ABGB. hat die Frau gegen ihre Eltern bezw. Großeltern den Anspruch auf Beistellung eines deren Stand und Vermögen angemessenen Heiratsgutes an den Mann, doch nur, wenn sie selbst kein eigenes, zu einem angemessenen Heiratsgut hinlängliches Vermögen besitzt, § 1220. — Der Mann hat gegenüber seiner Frau den Anspruch auf Beistellung eines Heiratsgutes, doch muß er es sich vor geschlossener Ehe bedungen haben, sonst ist er keines zu fordern berechtigt, § 1225.

(D. 23, 3, 5, 5). Die Frau kann auch ihr ganzes Vermögen zur Dos bestellen, dann gilt das als zugewendet, was nach Abzug der Passiva, deren Schuldner der Besteller bleibt, übrig ist (quod superest deducto aere alieno, D. 23, 3, 72, pr.).[3])

3. Die Bestellung der Dos (constitutio dotis) an den Mann erfolgt entweder durch Vermächtnis (D. 23, 3, 48, 1) oder durch Rechtsgeschäft unter Lebenden. In letzterem Falle kann die Bestellung entweder durch einen die Vermögensverschiebung unmittelbar herbeiführenden dinglichen Vertrag (unten α) oder durch Abgabe eines obligatorischen Dotalversprechens (unten β) erfolgen, in dessen Erfüllung dann später die dingliche Rechtsübertragung zu bewirken ist[4]).

α. Die dingliche Rechtsübertragung (dotis datio) erfolgt durch Übergabe, Abtretung oder Abgabe der Verzichtserklärung. Werden körperliche Sachen zur Dos bestellt, so werden sie häufig unter einer Taxe übergeben (vgl. ABGB. § 1228). Diese kann eine verschiedene Bedeutung haben.

α. Soll die Schätzung den gegenwärtigen Wert der Sachen ermitteln, in der Absicht, daß die ermittelte Summe als eigentlicher Dotalgegenstand gelten soll, so spricht man von dos venditionis causa aestimata. Der die Sachen übernehmende Ehemann hat hierbei völlig die Stellung eines Käufers (D. 22, 3, 10, 5 u. 6); er muß daher nach Auflösung der Ehe die Schätzungssumme zurückgewähren und trägt die Gefahr der übernommenen Sachen.

---

[3]) Auch nach ABGB. kann die Bestellung der dos auf die verschiedenste Art geschehen. „Alles, was sich veräußern und nutzen läßt, ist zum Heiratsgute geeignet", § 1227.

[4]) Da nach österr. Recht zur Gültigkeit der Ehepakte ein Notariatsakt erforderlich ist, erkennt Stubenrauch für das ABGB. Dosbestellung durch bloß dinglichen Vertrag nicht an, „da hierdurch zwar Eigentum dotis causa auf den Mann übergeht, allein dem Übergeber ein persönliches Rückforderungsrecht vorbehalten bleibt (condictio sine causa) wegen formwidrigen Vertragsabschlusses (Mangel eines Notariats-Aktes)".

b. Soll die Schätzung dagegen den gegenwärtigen Wert der Sachen nur zu dem Zwecke feststellen, um Streitigkeiten über den Wert im Falle der Auflösung der Ehe vorzubeugen (dos taxationis causa aestimata), so gelten die hingegebenen Sachen, nicht die Schätzungssumme, als Dotalgegenstand. Bei Auflösung der Ehe sind daher auch nur die übernommenen Sachen zurück zu geben und der Mann hat ihren zufälligen Untergang nicht zu vertreten (D. 23, 3, 69, 7 u. 24, 3, 50, C. 5, 12, 21).[5])

c. Bei einer aestimatio venditionis causa kann einem der Ehegatten (im Zweifel dem Manne als dem Schuldner, S. 401) das Wahlrecht zustehen, ob bei Auflösung der Ehe die Sachen oder ihr Schätzungswert heraus zu geben seien. In diesem Falle trägt der Mann auch dann die Gefahr des Untergangs der empfangenen Sachen, wenn ihm das Wahlrecht zusteht (D. 23, 3, 10, 1 und 11).

β. Das Dotalversprechen erfolgte nach klassischem Recht entweder in der Form der stipulatio (dotis promissio) oder durch eine solenne mündliche Zusage (dotis dictio: „centum tibi doti sunto"), die aber nur seitens der Frau, ihrer väterlichen Aszendenten oder ihres Schuldners erfolgen konnte[6]). Im justin. Recht ist die dotis dictio verschwunden; es genügt nunmehr aber auch eine formlose Zusage des Bestellers (pollicitatio) auch ohne die Stipulationsförmlichkeiten. Streitig ist, ob es sich hierbei um einen formlos gültigen Vertrag (C. 5, 11, 6, pactum legi-

---

[5]) Nach ABGB. § 1228 ist im Zweifel die Schätzung als taxationis causa erfolgt anzunehmen.

[6]) Ulp. fragm. 6, 1 u. 2: Dos aut datur aut dicitur aut promittitur. Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est et debitor mulieris, si iussu eius dicat: item parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione iunctus velut pater avus paternus. dare promittere dotem omnes possunt.

Für die Kenntnis des älteren Dotalrechts sind die erhaltenen (S. 121) Fragmente aus Ulpians liber singularis regularum vielfach von Bedeutung.

timum, S. 455) oder um ein ohne Annahme verbindliches einseitiges Versprechen (S. 439) handelt[7]).

4. Die Hingabe der dos sowie die Abgabe des Dotalversprechens kann auch schon vor Eingehung der Ehe erfolgen. Dann stehen diese Akte aber in Abhängigkeit von der späteren Eheschließung (D. 23, 3, 3: nulla dos sine matrimonio). Bei der dos venditionis causa aestimata (bei welcher der Dotalgegenstand die Schätzungssumme ist) gilt dann der Eigentumsübergang, d. h. der Verkauf als bis zur Eheschließung aufschiebend bedingt; daher trifft vorheriger zufälliger Untergang den Besteller der Dos, nicht den Bräutigam (D. 23, 3, 10, 4 u. 5), während der Besteller anderseits bei Auflösung der Verlobung die bereits übergebenen Sachen mit dinglicher Klage und daher auch von jedem Dritten zurückfordern kann (D. 23, 3, 17, 1). Ebenso gilt das Dotalversprechen und der zwecks Dosbestellung erfolgende Schulderlaß als durch die Eheschließung bedingt (D. 23, 3, 21 u. 43). In den übrigen Fällen dagegen geht das Eigentum an den als Dos bestimmten Sachen schon mit ihrer Hingabe auf den Mann über; die Eheschließung gilt also nicht als Bedingung des Eigentumsüberganges, sondern als bloße Voraussetzung, deren Nichteintritt für den Besteller der Dos keine dingliche Klage auf Rückgabe, sondern nur die persönliche condictio causa data causa non secuta (S. 621) erzeugt (D. 12, 4, 7, 1), welche auch auf die vom Bräutigam gezogenen Früchte geht (D. 22, 1, 38, 1).

In allen Fällen gelten die in Erwartung der Eheschließung hingegebenen Gegenstände erst von der Eheschließung an als Dotalgegenstände; daher werden die vorher erworbenen Früchte nicht Eigentum des Mannes, sondern vermehren die Dos, und das gesetzliche Pfandrecht der Ehefrau am Ver-

[7]) Das Versprechen braucht nicht nach Art und Gegenstand genau angegeben zu sein. Verspricht der Dotationspflichtige nur unbestimmt, so bemißt sich die Leistungspflicht nach dem Vermögen des Versprechenden und dem Stande des Bräutigams (D. 23, 3, 69, 4). Das Dotalversprechen eines Dritten bestimmt sich nach billigem Ermessen (C. 5, 11, 3). Das schlechthin ohne irgend eine Angabe gemachte Dotalversprechen erzeugt keine Verbindlichkeit (C. 5, 11, 1).

mögen des Mannes (S. 808) datiert erst von der Eheschließung an. Dagegen steht das Vorzugsrecht im Konkurse auch schon der Braut zu (D. 47, 5, 17, 1 ff.).

Das Dotalversprechen wird erst mit Eingehung der Ehe klagbar (D. 23, 3, 21). Zinsen und Früchte sind vom Verzuge, spätestens aber nach Ablauf von 2 Jahren seit Eingehung der Ehe zu vergüten (C. 5, 12, 31, 2). Am Vermögen des Bestellers hat die Frau ein gesetzliches Generalpfandrecht (C. 5, 13, un., 1; S. 808).

5. Dotalverträge (D. 23, 4: De pactis dotalibus, vgl. C. 5, 14) sind vor und nach Eingehung der Ehe zulässig (ebenso nach ABGB.), aber nur soweit gestattet, als sie nicht gegen den Zweck des Rechtsinstituts verstoßen. Dies ist zB. der Fall, wenn die Rechtsstellung der Frau durch den Dotalvertrag erheblich verschlechtert wird (D. 23, 4, 17), ihr insbesondere die Rückforderung bei Auflösung der Ehe unter allen Umständen entzogen ist (D. 23, 4, 12, 1), und anderseits, wenn dem Manne die Befugnis zur Anrechnung der notwendigen Aufwendungen entzogen ist (D. 23, 4, 5, 2). Nur mit der gleichen Beschränkung ist eine permutatio dotis (Ersetzung der ursprünglichen Dotalgegenstände durch andere) zulässig (D. 23, 4, 21 u. 29).[8])

b. Rechtsverhältnisse an den Dotalsachen.

1. Während der Ehe.

Der Mann wird Eigentümer der Dotalsachen und tritt

[8]) Da Dotalverträge (wie Darlehnsschuldscheine, S. 445) häufig ein Empfangsbekenntnis enthielten, während die Dos in Wahrheit zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht übereignet war, sollte eine solche Erklärung erst nach Ablauf einer bestimmten Frist Beweiskraft haben, innerhalb dieser aber mit einer querela non numeratae dotis oder durch Einrede gegen die Dotalklage oder durch Protestation angefochten werden können (innerhalb eines Jahres seit Lösung der Ehe, wenn diese höchstens 2 Jahre, inerhalb von drei Monaten, wenn sie 2—10 Jahre gedauert hatte, bei mehr als zehnjähriger Ehe ist eine Anfechtung nicht mehr zulässig); vgl. C. 5, 15: De dote cauta et non numerata und Nov. 100. Heute sind diese Vorschriften beseitigt. Etwas anderes ist die Einschränkung der Beweiskraft von Empfangsbestätigungen des Mannes seinen Gläubigern gegenüber (ABGB. § 1226; KO. § 49, NotarGes. vom 25. Juli 1871).

bezüglich der nicht körperlichen Gegenstände in die Rechtsstellung des Bestellers ein. Er ist daher grundsätzlich berechtigt, über die Dotalsachen frei zu verfügen. Da er aber bei Beendigung der Ehe zu ihrer Herausgabe verpflichtet ist (unten 2), so wird er im Interesse der Sicherung der Frau allmählich derart beschränkt, daß seine Stellung sich schließlich von der eines bloßen Nießbrauchers nur wenig unterscheidet[9]).

α. Bei der Verwaltung des Dotalguts hat er die gleiche Sorgfalt wie hinsichtlich des eigenen Vermögens anzuwenden (D. 23, 3, 17, pr., über die Unzulässigkeit einer vertragsmäßigen Herabminderung der Haftung auf Dolus vgl. D. 23, 4, 6). Bei vertretbaren Sachen (und demnach auch bei der dos venditionis causa aestimata, D. 23, 3, 10, pr.) trägt er alle Gefahr (D. 23, 3, 42). So stets nach ABGB.

β. Nach einer lex Iulia de fundo dotali, einem Teile der lex Iulia de adulteriis (S. 157), durfte der Mann die italischen Dotalgrundstücke nur mit Einwilligung der Frau veräußern und selbst mit ihrer Einwilligung — da hierin eine Interzession gelegen hätte (S. 250) — nicht verpfänden. Justinian verbot sodann die Veräußerung, Verpfändung und sonstige Belastung (I. 2, 8, pr., D. 23, 5, 5 u. 6) aller Dotalgrundstücke, selbst im Falle der Ein-

---

[9]) In C. 5, 12, 20 sagt deshalb Justinian, daß die Dotalsachen „ex naturali iure mulieris esse" und nur „secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenire. Ähnlich D. 23, 3, 75: Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est. Doch handelt es sich hierbei nur um eine ungenaue Ausdrucksweise, die dadurch hervorgerufen ist, daß die Frau regelmäßig die Anwartschaft auf den Erwerb der Dotalsachen nach Auflösung der Ehe hat; vgl. noch D. 2, 8, 15, 3 und 4, 4, 3, 5.

Nach ABGB. §§ 1227 und 1228 hat der Mann in der Regel bloß die Fruchtnießung; doch wird er Eigentümer des Heiratsgutes, wenn dieses in barem Geld, in abgetretenen Schuldforderungen oder in verbrauchbaren Sachen besteht oder wenn eine aestimatio venditionis causa stattgefunden hat. Ist der Mann Eigentümer der Dotalsachen, so kann er über sie nach Belieben verfügen, sie insbesondere veräußern und verpfänden.

willigung der Frau (C. 5, 13, 1, 15). Die gegen das Verbot erfolgte Veräußerung ist nichtig (D. 41, 3, 42), auch wenn sie vor der Ehe seitens des schon in den Besitz der Dos gesetzten Bräutigams (D. 23, 5, 4) oder nach Auflösung der Ehe erfolgt. Das Verbot bezieht sich jedoch nicht auf den fundus venditionis causa aestimatus (S. 852), weil hierbei die Schätzungssumme in dote ist [10]).

γ. Die Einkünfte des Dotalvermögens fließen dem Manne zu, der sie aber für die Ehezwecke (ad onera matrimonii sustinenda) zu verwenden hat (D. 24, 3, 22, 8). Die Früchte der Dos behält er dauernd, auch soweit sie zur Bestreitung der onera matrimonii nicht erforderlich sind (D. 23, 3, 7, pr.). Dagegen gelten die übrigen Akzessorien, besonders der in einer Dotalsache gefundene Schatz (D. 24, 3, 7, 12), als Vermehrungen der Dos, sind also gegebenenfalls mit dieser heraus zu geben (D. 23, 3, 10, 1). Ebenso ABGB. § 1227.

δ. Wird eine Dotalsache evinziert (S. 519), so hat der Mann bei der dos venditionis causa aestimata alle Rechte eines Käufers (D. 23, 3, 16). Im übrigen hat er einen Gewährleistungsanspruch gegen den Besteller nur dann, wenn dieser dolos gehandelt hatte (D. 23, 3, 69, 7).

ε. Schon während der Ehe kann die Frau die Dos zurückfordern, wenn der Mann seiner Unterhaltspflicht nicht genügt (D. 24, 3, 22, 8 u. 9) oder in Vermögensverfall gerät (D. 24, 3, 24, pr., C. 5, 12, 29; anders

---

[10]) D. 23, 5, C. 5, 23: De fundo dotali. Die Veräußerung ist jedoch gültig bei einem zu einer dos recepticia gehörenden Grundstücke, da ein solches auch bei Auflösung der Ehe nicht an die Frau oder deren Erben zurückfällt (D. 23, 5, 3, 1). Sie konvalesziert (S. 279), wenn sie nach Auflösung der Ehe von der Frau oder ihren Erben bestätigt wird oder der Mann die Dos erbt (D. 23, 5, 17; 41, 3, 42).

Nach kanon. Recht (X. 2, 24, 28) ist die von der Frau eidlich bekräftigte Veräußerung unanfechtbar.

Nicht freiwillige Veräußerungen (zB. wegen verweigerter cautio damni infecti, D. 23, 5, 1, pr., oder im Teilungsverfahren, D. 23, 3, 78, 4) fallen nicht unter das Verbot.

Für das österr. Recht vgl. oben Anmerkung 9.

ABGB. § 1260, bloß Sicherstellung, eventuell Genuß). In sonstigen Fällen befreit ihn eine während der Ehe erfolgte Rückgabe der Dotalsachen an die Frau, falls sie bei dieser untergehen (C. 5, 19, 1), nur dann von der Ersatzpflicht bei Auflösung der Ehe, wenn die vorzeitige Rückgabe aus zwingenden Gründen geschehen war [11]).

2. Nach Auflösung der Ehe [12]).

*a.* Allgemeines.

Die Wirkungen der Ehetrennung auf die Dos sind unten besonders zu besprechen (§ 148). Hier handelt es sich nur um die durch den Tod eines der Ehegatten herbeigeführte Lösung der Ehe.

Die Dos geht zwar in das Eigentum des Mannes über, aber sie soll anderseits nur den Zwecken der Ehe dienen. Wird diese daher aufgelöst, so müßte die Dos zurückgegeben werden. Aber dieser Satz ist erst im jüngsten rR. zur folgerichtigen Durchführung gelangt. Hierbei ist zu unterscheiden, ob der Besteller der Dos sich deren Rückgabe bei Auflösung der Ehe vertragsmäßig ausbedungen hat (dos recepticia, S. 850) oder nicht.

*a.* Ist über die Rückgabe der Dos ein Dotalvertrag (cautio rei uxoriae, instrumentum dotale) geschlossen worden, so kommen dessen Bestimmungen zur Anwendung. Der Besteller kann die Rückgabe an sich selbst oder — wenn er ein Aszendent der Frau ist — an diese oder deren Deszendenten ausbedingen (D. 24, 3, 45). Die Dos ist beim Vorliegen eines Dotalvertrages ganz und sofort zurück zu geben. Der Ehemann kann Abzüge (unten S. 862) nur wegen impensae necessariae machen, da diese die

---

[11]) D. 23, 3, 73, 1: Manente matrimonio non perditurae uxori ob has causas dos reddi potest: ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium vel in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum fratrem sororemve sustineat; vgl. D. 23, 3, 73, 80 u. 24, 3, 20.

[12]) D. 24, 3, C. 5, 18: Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.

Dos ipso iure mindern. Er hat gegenüber der auf den Dotalvertrag gestützten Klage weder ein Recht auf Stundung, noch das beneficium competentiae. Wird die Ehe endlich infolge des Todes des Mannes aufgelöst und hat dieser der Frau etwas testamentarisch hinterlassen, so erhält sie im Zweifel dieses neben der Dos (C. 5, 13, 1, 3).

Der Dotalvertrag mußte ursprünglich in der Form der Stipulation geschlossen werden. Die Rückforderung erfolgte daher durch actio ex stipulatu, die als actio stricti iuris jede Rücksichtnahme auf die Interessen des zur Rückgabe Verpflichteten ausschloß. In der Kaiserzeit faßte man die bei Hingabe der Dos erfolgte formlose Vereinbarung über die Rückgabe als Innominatkontrakt (S. 453) auf und gewährte daher eine actio praescriptis verbis (C. 5, 13, 1, 13; 5, 14, 1).

b. Die beim Mangel eines Dotalvertrags zur Anwendung gelangenden gesetzlichen Vorschriften haben erst durch Justinian in der l. un. C. De rei uxoriae actione 5, 13 ihre endgültige Gestaltung erhalten. In Frage kommt hierbei: wer zur Rückforderung der Dos berechtigt ist (unten $\beta$), wie die Rückgabepflicht zu erfüllen ist (unten $\gamma$) und mit welchen Rechtsbehelfen sie nötigenfalls erzwungen werden kann (unten $\delta$).

$\beta$. Rückforderungsberechtigung.

a. Bis auf Justinian verblieb die Dos bei Auflösung der Ehe unter Umständen dem Manne oder seinen Erben.

1) Dies war ursprünglich sogar stets der Fall, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes ihr Ende erreichte. Es war allerdings üblich, daß der Mann der Frau testamentarisch Zuwendungen machte. Einen klagbaren Anspruch auf Rückgabe der Dos (actio rei uxoriae) erhielt die Frau jedoch erst durch das prätorische Recht. Hierbei soll der den Umfang der Rückgabepflicht feststellende arbiter nach freiem Ermessen entscheiden. Die actio rei uxoriae ist eine actio „in aequum et bonum concepta", sie geht auf „quod melius aequius erit". Der Rückgabeanspruch steht aber nur der Frau persönlich zu; vererblich wird er erst,

wenn er von der Frau noch bei Lebzeiten geltend gemacht worden ist[13]). Hat der Mann der Frau testamentarisch etwas zugewendet, so kann sie nach dem edictum de alterutro nur dieses oder die Dos verlangen, nicht aber beides nebeneinander (wie beim Vorliegen eines Dotalvertrags, S. 858); vgl. C. 5, 13, 1, 3 a.

2) Endet die Ehe durch den Tod der Frau, so behält — beim Nichtvorhandensein eines Dotalvertrags — der Mann die dos adventicia stets, die dos profecticia aber nur, wenn der Besteller nicht mehr lebt. Dem noch lebenden Besteller muß der Mann die dos herausgeben, kann aber $^1/_5$ für jedes Kind zurückbehalten (Ulp. fr. 6, 4 u. 5).

b. Justinian bestimmte in C. 5, 13, un., daß die Frau auch beim Mangel eines Dotalvertrags — der natürlich an erster Stelle zur Anwendung zu kommen hätte — so behandelt werden soll, als läge ein ihr möglichst günstiger Dotalvertrag vor. Hiernach soll die dos niemals dem Mann oder seinen Erben verbleiben, sondern stets an die Frau oder ihre Erben oder den Besteller zurückfallen. Die Empfangsberechtigten sollen unter der Fiktion einer stipulatio die actio ex stipulatu (S. 449[13]) haben, auf welche aber die der Frau günstigen Grundsätze der beseitigten actio rei uxoriae übertragen sind; insbesondere soll diese actio ex stipulatu — was, wie Justinian auch hervorhebt (C. 5, 13, 1, 2), ihrem Wesen eigentlich widerspricht, S. 447 — die Natur eines bonae fidei iudicium haben (I. 4, 6, 29) und auch ohne weiteres vererblich sein.

1) Endet die Ehe durch den Tod des Mannes, so fällt die Dos an die Frau allein, wenn sie sui iuris ist. Ist sie alieni iuris, so gilt (wie schon bisher, D. 24, 3, 2 u. 3) der Satz: dos fit communis patri et filiae.

---

[13]) Ulp. fragm. 6, 6 u. 7: Divortio facto si quidem sui iuris sit mulier, ipsa habet rei uxoriae actionem, id est dotis repetitionem; quodsi in potestate patris sit, pater adiuncta filiae persona habet actionem; nec interest adventicia sit dos, an profecticia. Post divortium defuncta muliere heredi eius actio non aliter datur, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit.

Es entsteht eine Art von Miteigentum zur gesamten Hand (S. 760): die Einziehung kann nur von beiden gemeinsam erfolgen, beim Tode des Gewalthabers fällt die Dos nicht an seine Erben, sondern an die Frau, beim Tode der Frau fällt sie nicht an ihre Erben, sondern an den Gewalthaber (C. 5, 13, 1, 14).[14]) Das edictum de alterutro ist beseitigt (C. 5, 13, 1, 3 a).

2) Endet die Ehe durch den Tod der Frau, so fällt die dos adventicia und, falls der Besteller nicht mehr lebt, auch die dos profecticia an ihre Erben (C. 5, 13, 1, 6 u. 13). Lebt der Besteller noch, so fällt die Dos an ihn auch dann zurück, wenn die Frau Kinder hinterläßt (so Bulgarus — S. 143 —, anders Martinus).[15])

γ. Erfüllung der Rückgabepflicht.

a. Gegenstand und Umfang.

Das Dotalvermögen ist grundsätzlich in dem Zustande zurück zu gewähren, in dem es sich zur Zeit der Auflösung der Ehe befindet.

1) Unvertretbare Sachen sind in Natur, vertretbare (zu denen auch die dos venditionis causa aestimata gehört, S. 519) in gleicher Quantität und Qualität herausgegeben. Können Dotalsachen nicht zurückgegeben werden, so haftet der Ehemann für vertretbare Sachen ohne weiteres (D. 23, 3, 42), für unvertretbare nur, soweit er sie ohne Einwilligung der Frau veräußert hat (D. 24, 3, 50) oder schuldhafterweise nicht zurückgeben kann, und zwar haftet er hierbei nur für culpa in concreto (S. 421, D. 23,

---

[14]) Dies ist nicht Gem. Recht geworden; denn nach diesem endet die väterliche Gewalt über eine Tochter mit deren Verheiratung (unten § 150[7]).

[15]) Nach ABGB. § 1229 gilt folgendes: Endet die Ehe durch den Tod des Mannes, so gelangt das Heiratsgut an die überlebende Ehegattin; endet die Ehe durch den Tod der Frau, fällt das Heiratsgut an ihre Erben. Doch gelten diese Vorschriften nur, soweit nicht etwas anderes vereinbart wurde. Namentlich ist es möglich, daß der Dritte, der das Heiratsgut freiwillig bestellt, sich den Heimfall desselben für den Fall der Auflösung der Ehe ausbedingt.

3, 17, pr.). Über die Art der Rückgewähr eines zur Dos bestellten Nießbrauchs vgl. D. 24, 3, 57, einer durch Akzeptilation erlassenen Forderung D. 23, 3, 43, über die Verantwortlichkeit des Mannes für Einziehung einer versprochenen Dos D. 23, 3, 33.

2) Mit den herauszugebenden Gegenständen sind deren Akzessionen (Alluvion, Schatz) heraus zu geben. Dagegen verbleiben die während der Ehe (nicht aber die vorher, D. 23, 3, 47) gezogenen Früchte und Zinsen dem Manne (S. 856). Nach dem das rR. beherrschenden Substantialprinzip (S. 214), das auch bei Beendigung des Nießbrauchs zur Anwendung gelangt (S. 781), dürfte der Mann alle schon gewonnenen Früchte behalten, während er an den fructus stantes et pendentes keinen Anteil hätte. Zur Erzielung eines gerechteren Ergebnisses soll jedoch bezüglich der Früchte des letzten Jahres der Ehe eine verhältnismäßige Teilung zwischen den Parteien eintreten.[16])[17])

---

[16]) Dieses Jahr wird (nach der richtigen Meinung) berechnet: falls das Grundstück vor oder bei der Eheschließung zur Dos bestellt wird, von der Eheschließung, sonst von der Übereignung an (D. 24, 3, 5 und 6).

Die Teilung war zunächst für die Ehetrennung eingeführt und wurde dann auch auf den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod ausgedehnt. Bei der leichten Ehetrennung des rR. (unten § 148 b) hätte der Mann die Frau nämlich schwer schädigen können, wenn er alle perzipierten Früchte hätte behalten dürfen. In der viel umstrittenen l. 7 § 1 D. 24, 3 wird zB. folgender Fall behandelt: Eine Ehe beginnt am 1. Oktober; der Mann erhält einen noch nicht abgeernteten Weinberg zur Dos, gewinnt im Oktober dessen Ernte, verpachtet ihn vom 1. November ab auf ein Jahr und zieht den Pachtzins ein; am 31. Januar wird die Ehe durch Trennung gelöst. Dann dürfte nach dem Substantialprinzip der Ehemann alles Empfangene behalten, während er nach dem im Text erwähnten Ausnahmesatze mit Rücksicht auf das viermonatige Bestehen der Ehe nur $^1/_3$ der Früchte des Dotaljahres (vom 1. Oktober bis 1. Oktober), also $^1/_3$ der Ernte und des Pachtzinses für 11 Monate (1. November bis 1. Oktober) erhält. Papinian spricht ihm in D. 24, 3, 7, 1 sogar nur $^1/_3$ der Weinlese und des dreimonatigen Pachtzinses (1. November bis 31. Januar) zu, was von den meisten als Rechenfehler behandelt wird.

[17]) Nach ABGB. ist zu unterscheiden, ob der Mann das Eigentum oder bloß den Nießbrauch der Dotalsachen hatte (S. 855[9]). Im ersten

b. Gegenansprüche des Mannes.

Gegen die nach diesen Grundsätzen festzustellende Dotalforderung kann der Mann gewisse Gegenansprüche geltend machen.

1) Bis auf Justinian konnten retentiones ex dote gemacht werden im Falle der Ehescheidung propter mores und propter liberos (unten § 148 b), ferner in allen Fällen propter res donatas et amotas, sowie propter impensas (Ulp. fr. 6, 9—17). Bis zur Befriedigung dieser Gegenansprüche durfte die Dos oder ein entsprechender Teil zurückbehalten werden.

2) Justinian hat in C. 5, 13, 1, 5 alle diese Abzugsrechte beseitigt (taceat retentionum verbositas), bis auf die impensae necessariae. Nur wegen solcher ist also eine Zurückbehaltung der Dos noch möglich, wobei hinsichtlich einer in Geld bestehenden Dos der Satz gilt: impensae necessariae ipso iure dotem minuunt. Als notwendige Verwendungen gelten aber nicht die auf die Gewinnung der Früchte und auf die Unterhaltung der Dotalsachen verwendeten Kosten; denn diese hat der Mann als Nießbraucher selbst zu tragen (D. 25, 1, 15 u. 16). Auch wegen impensae utiles ist keine Zurückhaltung möglich; vielmehr muß sie der Mann, falls sie von der Frau genehmigt sind, mit der actio mandati contraria, falls sie ohne ihre Zustimmung vorgenommen sind, mit der actio negotiorum gestorum contraria besonders einklagen (C. 5, 13, 1, 5 e). Wegen impensae voluptuariae hat der Mann, wie schon früher, nur ein ius tollendi (C. 5, 13, 1, 5 f.).

c. Ort und Zeit der Rückgabe.

1) Die Dos ist von dem Mann an seinem Wohnorte zurück zu geben (D. 5, 1, 65).

2) Vor Justinian mußten nur die unvertretbaren Sachen sofort, die vertretbaren konnten in drei Jahresterminen nach Auflösung der Ehe (annua, bima, trima die) zurückgegeben werden.

---

Falle ist er nur zur Rückerstattung des Wertes verpflichtet; in letzterem wird er als Fruchtnießer (ABGB. §§ 519 ff.) behandelt.

Justinian bestimmte (C. 5, 13, 1, 7), daß Grundstücke sofort, sonstige Dotalgegenstände ein Jahr nach Auflösung der Ehe zurück zu geben sind bei Vermeidung einer Verzugsstrafe von 4% (C. 5, 13, 1, 7 b); die Einkünfte dieses Jahres gebühren aber dem Empfänger der Dos[18]).

*δ.* Die Dotalklagen.

a. Wie S. 858 dargelegt, war zur Erzwingung der Rückgabe der Dos bis auf Justinian beim Vorhandensein eines Dotalvertrags eine actio ex stipulatu, beim Mangel eines solchen eine nach Umfang und Vererblichkeit beschränkte actio rei uxoriae gegeben. Justinian ersetzte die letztere auch beim Mangel einer Dotalstipulation durch eine actio ex stipulatu, auf die er aber die der Frau günstigen Vorschriften der ehemaligen actio rei uxoriae übertrug.

Gegen die Dotalklage (nicht aber gegen die auf Rückgabe einer dos recepticia gerichtete Klage, D. 42, 1, 21) steht dem Manne, seinen Kindern und seinem Vater, nicht aber seinen sonstigen Erben, das beneficium competentiae (S. 434) zu (D. 24, 3, 12 u. 18, pr.).

b. Die actio ex stipulatu war eine nur gegen den Mann oder seine Erben gehende obligatorische Klage. Justinian sicherte die Frau aber auch noch dinglich.

1) Die Frau hat hinsichtlich der bei Auflösung der Ehe noch vorhandenen Dotalsachen (si tamen exstant) ein dingliches Rückforderungsrecht gegen jeden dritten, bei dem diese Gegenstände sich befinden (C. 5, 12, 30).[19])

---

[18]) Nach ABGB. gelten für Ort und Zeit der Rückgabe die nämlichen Regeln wie für alle obligatorischen Verträge, ABGB. §§ 904 und 905. Darnach sind sämtliche Dotalgegenstände sofort zurück zu geben.

[19]) Da der Mann Eigentümer der Dotalsachen ist (S. 854), ist die Natur dieser dinglichen Rückforderungsklage höchst streitig (rei vindicatio utilis? actio hypothecaria?).

Streitig ist auch, ob der Ausdruck „si tamen exstant" alle diejenigen Sachen umfaßt, die bei Auflösung der Ehe überhaupt noch körperlich vorhanden sind (Dernburg) oder nur diejenigen, die dann noch zum Vermögen des Mannes gehören, so daß die vom Manne gültig (S. 855) veräußerten für die Frau verloren sind.

2) Wegen der Dotalforderung besteht ein gesetzliches Generalpfandrecht am Vermögen des Mannes (S. 808), das zugunsten der Frau und ihrer Abkömmlinge sogar privilegiert ist (S. 825, I. 4, 6, 29, C. 8, 17, 12).[20])

## § 147. Parapherna und Widerlage.

### a. Parapherna.

Parapherna sind diejenigen Vermögensteile der Frau, die sie dem Manne nicht zur Dos gegeben hat (extra dotem). An ihnen stehen dem Manne nur die Rechte zu, die die Frau ihm vertragsmäßig einräumt (D. 23, 3, 9, 3, C. 5, 14, 8). Bei der Verwaltung der Paraphernen haftet der Mann ebenfalls (S. 855) nur für diligentia quam suis und die Frau hat auch wegen ihrer Ansprüche auf Herausgabe dieses Vermögens ein gesetzliches Generalpfandrecht an seinem Vermögen (C. 5, 14, 11).[1])

### b. Propter nuptias donatio[2]), Widerlage.

ist eine Zuwendung des Mannes an die Frau zwecks Sicherstellung der Frau für den Fall des Todes des Mannes oder einer von diesem verschuldeten Trennung. Ebenso nach

---

[20]) Nach ABGB. hat die Frau ein dingliches Rückforderungsrecht hinsichtlich der Dotalsachen in denjenigen Fällen, wo sie Eigentümerin der dos geblieben ist (S. 855[9]).

Ein gesetzliches Pfandrecht (vgl. S. 809[11]) hat die Ehefrau wegen ihrer Forderung auf das Heiratsgut nicht. Doch steht ihr wie auch jedem, der das Heiratsgut bestellt, das Recht zu, bei der Übergabe des Heiratsguts oder wenn in der Folge Gefahr eintritt, eine angemessene Sicherstellung zu fordern, § 1245.

[1]) Nach ABGB. §§ 1238 und 1239 hat der Mann auch ohne einen besonderen Vertrag das Recht der Verwaltung und Nutznießung des Paraphernalvermögens seiner Frau, sofern sie nicht widersprochen hat. Ein Generalpfandrecht kommt der Frau auch wegen der Paraphernen nicht zu. Doch kann in dringenden Fällen oder bei Gefahr eines Nachteiles dem Ehemanne die Verwaltung des Vermögens, selbst bei vertragsmäßiger Bestellung, abgenommen werden, § 1241.

[2]) C. 5, 3: De donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis.

ABGB. §§ 1230 und 1266. Wegen der Nichtigkeit einer donatio inter virum et uxorem (S. 538) mußte diese Zuwendung anfänglich vor der Ehe erfolgen; Justinian gestattete dies jedoch auch nach erfolgter Eheschließung und bezeichnete die bisherige donatio ante nuptias daher als donatio propter nuptias (I. 2, 7, 3, C. 5, 3, 20). Justinian gestaltete die Eheschenkung ferner zu einem Gegenstücke der Dos aus (daher später contrados, antidos, antipherna, Widerlage, genannt): sie soll der Dos gleichkommen (Nov. 97, 1 u. 2), verbleibt zwar — da sie nur versprochen zu werden pflegt — in der Hand des Mannes, der aber die zur Eheschenkung gehörenden Immobilien ebensowenig wie die Dotalgrundstücke (S. 855) veräußern darf (Nov. 61); die Frau hat wegen ihres Anspruchs auf die d. p. n. eine gesetzliche Generalhypothek am Vermögen des Mannes (C. 8, 17, 2, 12, Nov. 109, 1; anders ABGB. § 1245, Pflicht der Vormünder zur Sicherstellung der Widerlage) und kann die d. p. n. bei Vermögensverfall des Mannes auch schon während bestehender Ehe herausverlangen (C. 5, 12, 29; anders ABGB. § 1260, Sicherstellung). Soweit der Vater der Frau eine dos, muß der Vater des Mannes eine d. p. n. bestellen (C. 5, 11, 7; in das ABGB. nicht aufgenommen, § 1231). Endlich unterliegt die d. p. n. nicht dem Insinuationszwange (S. 535, Nov. 119, 1: quoniam pro ea aequalitas dotis offertur).

Das Schicksal der d. p. n. nach Auflösung der Ehe wird regelmäßig in den instrumenta dotalia bestimmt. Mangels vertragsmäßiger Bestimmung fällt im Falle einer durch den Mann verschuldeten Trennung (unten S. 870) sowie seines Todes die d. p. n. an die Frau, falls aber Kinder vorhanden sind, ganz nur zu Nießbrauch und Verwaltung, während sie das Eigentum mit den Kindern teilt (Nov. 98, 1 und 127, 3).

## § 148. Die Auflösung der Ehe.

### a. Allgemeines.

Eine gültige[1]) Ehe kann enden (D. 24, 2, 1):

1. durch den Tod eines Ehegatten;

2. durch capitis diminutio maxima (S. 166[1]). Im Falle der Kriegsgefangenschaft durfte der zurückgebliebene Teil anfänglich nach 5 Jahren heiraten, sofern er über das Leben des in Kriegsgefangenschaft geratenen Gatten keine Kunde erhalten hatte. Justinian gestattete eine neue Heirat jedoch erst, wenn der Tod des Gefangenen feststand (D. 24, 2, 6, Nov. 22, 7 und 117, 11). Durch capitis diminutio media (Verlust der Civität) wird die Ehe nicht ohne weiteres gelöst (D. 48, 20, 5, 1). In früherer Zeit (S. 836) wird jedoch das matrimonium iuris civilis zum matrimonium iuris gentium und demnach die Manusehe zur freien Ehe;

3. durch Entstehung einer ein Ehehindernis bildenden Verwandtschaft (zB. Adoption des Schwiegersohns, D. 23, 2, 67, 3);

4. durch Ehetrennung (unten b).

### b. Ehetrennung[2]).

Die Ehetrennung kann nach rR. entweder durch Übereinkunft der Ehegatten (divortium)[3]) oder durch einseitige

---

[1]) Nicht zu verwechseln mit den die Auflösung einer gültigen Ehe herbeiführenden Umständen sind diejenigen, die die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einer Ehe nach sich ziehen (S. 837[7]).

In den letzteren Fällen liegt das die Ehe vernichtende Ereignis (Ehehindernis, Form- oder Willensmangel) vor der Eheschließung, bei der Ehetrennung nach derselben (Ehebruch, Sävitien, Geisteskrankheit usw.).

[2]) D. 24, 2: De divortiis et repudiis, C. 5, 17: De repudiis et iudicio de moribus sublato.

[3]) D. 24, 2, 2, pr.: Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium. Die bisher herrschende Ansicht, daß divortium die vertragsmäßige, repudium die einseitige Ehetrennung bedeutet, ist von Zeumer (1899) angegriffen worden. Nach ihm bedeutet

Aufkündigung (repudium) erfolgen. Voraussetzungen und Wirkungen der Ehetrennung sind verschieden für die Manusehe und die später allein in Betracht kommende (S. 836) freie Ehe.

1. Trennung der Manusehe.

α. Das matrimonium cum conventione in manum konnte nur seitens des Mannes, nicht seitens der Frau gelöst werden. Für konfarreierte Ehen (S. 841) bedurfte es dabei eines contrarius actus (S. 472), der diffareatio. Untrennbar war aber die Ehe eines flamen Dialis (S. 45). Gründe brauchte der Mann an sich nicht anzugeben. Doch pflegte er vor der Trennung einen Familienrat der Kognaten zuzuziehen, und die Außerachtlassung dieser Sitte wurde von den Zensoren (zB. durch Ausstoßung aus dem Senat) gerügt. Außerdem zog grundloses repudium vermögensrechtliche Nachteile nach sich (S. 870). Endlich waren die Ehegatten bei konfarreierter Ehe von der Mitwirkung der Pontifizes abhängig, und diese konnten durch Verweigerung der Vornahme der diffareatio grundlosen Trennungen entgegentreten. Ehetrennungen waren in älterer Zeit übrigens selten; Gellius (Noctes Atticae, S. 111[1]) erwähnt als erste (d. h. wohl als erste leichtfertige) Ehetrennung die das Sp. Calvisius Ruga (235 v. Chr.). Diese Trennung soll auch den Anstoß zur Einführung von Dotalverträgen gegeben haben.

Für die durch coemtio oder usus geschlossene Manusehe bedurfte es keines contrarius actus. Zur Vernichtung der manus bedurfte es aber einer mancipatio der Frau an einen Dritten, der die Frau emanzipierte, wodurch sie sui iuris wurde[4]).

β. Bei berechtigter Verstoßung der Frau (zB. wegen Ehebruchs) behielt der Mann ihr ganzes Vermögen; bei grundloser Trennung mußte er ihr regelmäßig ihr Ein-

divortium die vertragsmäßige oder einseitige Ehetrennung selbst, repudium den diese herbeiführenden Vorgang, die Erklärung des Trennungswillens.

[4]) Über die Benutzung dieser Vorgänge zur Befreiung der Frauen von der Agnatentutel vgl. S. 249.

gebrachtes zurückgewähren („tuas res tibi habeto", D. 24, 2, 2, 1).

### 2. Trennung der freien Ehe.

#### α. Voraussetzungen.

Die Ehe ohne Manus konnte anfänglich von jedem Gatten und ebenso von seinem Gewalthaber willkürlich gelöst werden; erst in nachklassischer Zeit wurde das Recht des Gewalthabers der Frau, sie wieder in sein Haus zurück zu führen, gänzlich beseitigt (S. 846). Anderseits bedurfte es — im Gegensatze zum älteren rR. — nicht mehr einer Zustimmung des Gewalthabers zur Trennung der Ehe (Invitam autem ad maritum redire nulla iuris praecepit constitutio, C. 5, 17, 5).

Die lex Iulia de adulteriis (ein Teil der lex Iulia et Papia Poppaea, S. 97[5]) bestimmte als Form für die Ehetrennung (repudium und divortium) Erklärung vor 7 mündigen römischen Bürgern (tuas res tibi habeto oder agito, D. 24, 2, 2, 1). Später sandte der die Ehe aufkündigende Ehegatte dem andern Teil durch einen Liberten einen libellus repudii (repudium mittere) und ließ ihn vor 7 Zeugen überreichen (vgl. D. 24, 2, 9). Aber auch nach der lex Iulia hing die Lösung der Ehe von dem freien Willen der Ehegatten ab; ein leichtfertiges repudium konnte freilich eine nota censoria nach sich ziehen (S. 867) und bei der Vermögensauseinandersetzung wurde der schuldlose Ehegatte bevorzugt (S. 870).[4a])

In der christlichen Kaiserzeit wurden die Gründe, aus denen ein repudium gerechtfertigt sein sollte, zwar gesetzlich festgestellt (zuletzt von Justinian in Nov. 117, 8 und 9: Staatsverbrechen, Ehebruch, Lebensnachstellung, leichtfertiger Lebenswandel der Frau, so zB. Si circensibus aut theatris aut amphitheatris interfuerit ad spectandum ignorante aut prohibente viro); aber auch ein grundloses repudium

---

[4a]) Eine Ausnahme von der freien Lösbarkeit der Ehe durch beide Teile bestand hinsichtlich der Ehe der liberta mit dem patronus. Nach der lex Iulia et Papia Poppaea konnte die liberta sich nicht einseitig von ihrem patronus trennen (D, 24, 2, 11, pr. u. 1).

beendete die Ehe und zog nur andere, insbesondere vermögensrechtliche Nachteile, nach sich (C. 8, 17, 8, unten β b). Erst Justinian erklärte ein divortium communi consensu für nichtig, außer wenn die Ehegatten das Keuschheitsgelübde (votum castitatis) ablegen wollten (Nov. 117, 10 u. 134); sein Nachfolger Justinus II. erlaubte es jedoch wieder (Nov. 140).[5])

### β. Folgen der Ehetrennung.

Nach dem vorstehenden war auch noch nach jüngstem rR. die Gültigkeit der Ehetrennung von dem Vorhandensein eines Ehetrennungsgrundes unabhängig. Dagegen war es für die

---

[5]) Das römische Ehetrennungsrecht ist in Deutschland — abgesehen von den Trennungsstrafen, S. 870 — nicht rezipiert worden. Zwar ließ auch das ältere deutsche Recht die willkürliche Ehetrennung zu. Die katholische Kirche jedoch, welche die Ehegesetzgebung und Ehegerichtsbarkeit von vornherein für sich in Anspruch nahm, verwarf wegen der Sakramentsnatur der Ehe die Ehetrennung vollständig. Zugelassen wurde nur eine zeitweilige oder dauernde Scheidung von Tisch und Bett (separatio quoad thorum et mensam). Die evangelische Kirche ließ die Ehetrennung (separatio quoad vinculum, dem Bande nach) zwar wieder zu, aber nur wegen bestimmter Verfehlungen (besonders wegen Ehebruchs und böslicher Verlassung), die in einem gerichtlichen Verfahren festzustellen waren.

Nach ABGB. kann eine Ehe zwischen katholischen Personen nur durch den Tod dem Ehebande nach getrennt werden. Das nämliche gilt auch dann, wenn bei Schließung der Ehe nur ein Teil katholisch war. — Bei nicht-katholischen christlichen Religionsverwandten, dann bei Personen, die keiner gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgesellschaft angehören, ist eine Trennung der Ehe aus bestimmten, im Gesetz angeführten Gründen (Ehebruch, Begehung eines schweren Verbrechens, boshaftes Verlassen, gefährliche Nachstellungen, wiederholte schwere Mißhandlungen, unüberwindliche Abneigung) möglich. — Besondere Bestimmungen gelten für die Judenehen (einverständliche Trennung und Trennnng wegen Ehebruches der Frau). — Verschieden von der Trennung dem Bande nach ist die Scheidung von Tisch und Bett, d. i. die bloße Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bei Fortbestand der Ehe. Scheidung ist auch für Katholiken zulässig; die Bestimmungen über die Scheidung sind für sämtliche Konfessionen die nämlichen. Das Gesetz unterscheidet zwischen einverständlicher Scheidung — wenn beide Gatten sich dazu verstehen — und nicht einverständlicher Scheidung — auf Begehren eines Ehegatten. — Trennung und Scheidung der Ehe erfolgt durch die staatlichen Gerichte, §§ 103, 107, 111, 115, 133, 135.

vermögensrechtlichen Folgen der Ehetrennung stets von Bedeutung, ob die Trennung gerechtfertigt war oder nicht.

a. Nach vorjustinianischem Recht konnte die Frau nach der Ehetrennung ihre Dos mit der actio rei uxoriae zurückverlangen. Es wurde jedoch unterschieden:

1) War die Frau an der Trennung schuld, so konnte der Mann von der Dos zurückbehalten (S. 862): propter mores graviores (Ehebruch) $^1/_6$, propter leviores $^1/_8$ (retentio propter mores), ferner für jedes Kind $^1/_6$, aber höchstens $^3/_6$ (retentio propter liberos). Fernere Abzüge waren propter impensas sowie propter res donatas und amotas zulässig.

2) War der Mann an der Trennung schuld, so mußte er die sonst in drei Jahresraten zurück zu gebenden vertretbaren Dotalsachen (S. 862) propter mores graviores sofort, propter mores leviores in drei Halbjahresraten herausgeben; von den unvertretbaren, sofort heraus zu gebenden Sachen mußte er an Früchten soviel herausgeben „quantum in illa dote, quae triennio redditur, repraesentatio facit" (Ulp. fr. 6, 12 und 13). Der schuldige Mann verlor ferner an die Frau die donatio propter nuptias (S. 864).

b. Justinian bestimmte (Nov. 117, 8 und 9):

1) Hat der Mann ohne gesetzlichen Grund die Ehe gelöst oder hat er der Frau einen gesetzlichen Grund zum repudium gegeben, so muß er dos und donatio propter nuptias sofort herausgeben. Ist eine Ehe ohne dos und donatio propter nuptias geschlossen, so muß der schuldige Mann der Frau $^1/_4$ seines Vermögens, und wenn der Mann die Frau fälschlich des Ehebruchs beschuldigt oder ihr durch Halten einer Konkubine in der Ehewohnung zur Ehetrennung Veranlassung gegeben hat, ein weiteres Zwölftel seines Vermögens herausgeben, aber nie mehr als 100 Pfund Gold (= 7200 Goldsolidi, S. 55[1], etwa 90000 M.).

2) Die schuldige Frau verliert die dos und die donatio p. n. und muß mangels solcher $^1/_4$ ihres Vermögens, im Falle des Ehebruchs ein weiteres Zwölftel, aber nicht mehr als 100 Pfund Gold herausgeben.

3) Die Ehetrennungsstrafen erhält der unschuldige Ehegatte, beim Vorhandensein von Kindern jedoch nur zum Nießbrauch, das Eigentum fällt den Kindern zu (C. 5, 17, 8, 7 u. 11, 1 c).

4) Ausschluß der Ehetrennungsstrafen im Ehevertrag ist unzulässig, „ne publica coercitio privata pactione tollatur" (D. 23, 4, 5, pr.).

5) Letztwillige Verfügungen des einen zugunsten des anderen Ehegatten gelten im Falle der — wenn auch unverschuldeten — Ehetrennung im Zweifel als widerrufen (separatio dissolvit legatum, D. 31, 49, 6; vgl. D. 34, 2, 3).[6])

### e. Nachteile der Wiederverheiratung.

#### 1. Poenae secundarum nuptiarum.

Während die lex Iulia et Papia Poppaea die Wiederverheiratung begünstigte, wurde sie in der 4. Periode erschwert, falls aus der ersten Ehe Kinder vorhanden waren (C. 5, 9: De secundis nuptiis).

α. In diesem Falle soll jeder wieder heiratende Ehegatte (parens binūbus) das Eigentum an allen lucra nuptialia der früheren Ehe, d. h. an allem, was er aus dieser als Dos und Widerlage sowie auf Grund einer Schenkung oder letztwilligen Verfügung des anderen Ehegatten erhalten hat, an die Kinder der früheren Ehe verlieren und nur den Nießbrauch daran behalten (Nov. 22, 21, 1 u. 22, 26, 1). Der parens binubus darf ferner dem neuen Gatten höchstens so viel zuwenden, als dem

---

[6]) Nach ABGB. gilt folgendes: Bei Ehetrennung wegen unüberwindlicher Abneigung bezw. bei einverständlicher Trennung sind die Ehepakten erloschen. In den übrigen Fällen der Ehetrennung gebührt dem schuldlosen Teil von der Trennung alles, was ihm in den Ehepakten auf den Überlebensfall bedungen worden ist. — Bei einverständlicher Scheidung entscheidet das stets zu treffende Übereinkommen der Ehegatten. Bei nicht einverständlicher Scheidung kann, wenn kein Teil oder beide Teile Schuld an der Scheidung sind, jeder, andernfalls nur der schuldlose Teil die Aufhebung der Ehepakte verlangen. — Die gesetzliche Erbfolge kann ein getrennter, wenn auch schuldloser Ehegatte nicht ansprechen (§§ 1263—1266).

schlechtestgestellten Kinde der früheren Ehe (C. 5, 9, 6, Nov. 22, 27 u. 28). Das Mehr fällt an die Kinder der früheren Ehe. Ferner verliert der Ehegatte im Falle der Wiederverheiratung, was ihm unter der Bedingung, im Witwenstande zu bleiben (indicta viduitate), vermacht worden ist (C. 6, 40, 1, Nov. 22, 43 u. 44).

β. Die wiederheiratende Mutter verliert die Befähigung zur Vormundschaft über ihre Kinder und das Erziehungsrecht (C. 5, 49, 1, Nov. 22, 38) und behält von dem, was sie als Intestaterbin eines Kindes erworben hat, nur den Nießbrauch, während das Eigentum an die übrigen Kinder der früheren Ehe fällt (Nov. 22, 46 u. 47).[7])

2. Vorzeitige Wiederverheiratung.

Die im Trauerjahre (nach österr. Rechte vor Ablauf von 6 Monaten oder im Falle der Schwangerschaft vor der Entbindung, S. 840) heiratende oder die ein uneheliches Kind gebärende (Nov. 39, 2) Witwe wird infam, verliert alle lucra nuptialia an die sog. decem personae (des Mannes Vater, Mutter, Großvater, Großmutter, Sohn, Tochter, Enkel, Enkelin, Bruder, Schwester) und in deren Ermangelung an den Fiskus (I. 3, 9, 3, Nov. 22, 22), kann aus letztwilliger Verfügung überhaupt nicht und als gesetzliche Erbin nur von ihren Verwandten bis zum 3. Grad erben und dem neuen Manne höchstens $^1/_3$ ihres Vermögens zuwenden (D. 3, 2, 11—13, C. 5, 9, 1 u. 2, Nov. 22, 22).[8])

---

[7]) Die poenae secundarum nuptiarum sind wohl in das Gem. Recht, in das ABGB. aber nur zum Teil übergegangen. Heiratsgut und Widerlage erfahren durch die Wiederverehelichung keine Änderung, wohl aber der Witwengehalt (§ 1242) und das Adnitalitätsrecht (§ 1255). Die Erziehung des Kindes wird der wiederheiratenden Mutter deswegen allein nicht abgenommen (§ 218).

[8]) Bei vorzeitiger Wiederverehelichung verliert die Frau die ihr von dem vorigen Manne durch Ehepakten, Erbvertrag, letzten Willen oder durch das Übereinkommen bei der Trennung zugewendeten Vorteile (§§ 120 u. 121).

# Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft.

## § 149. Eheliche Abstammung.

### a. Voraussetzungen.

1. Die Geburt, d. h. die Loslösung des Kindes von der Mutter ist ein sichtbarer Akt; die Abstammung von der Mutter ist daher leicht zu beweisen. Dagegen läßt sich die Abstammung von einem bestimmten Manne schwer beweisen. Das rR. hat daher den Beweis der ehelichen Erzeugung durch die Rechtsvermutung (S. 361) erleichtert, daß ein während des Bestehens einer Ehe erzeugtes[1]) Kind als von dem Ehemann erzeugt, also als sein eheliches Kind anzusehen sei (mater semper certa est, pater est, quem nuptiae domonstrant, D. 2, 4, 5). Als in der Ehe erzeugt gilt nach rR. ein Kind, wenn es frühestens am 182. Tage nach der Eheschließung und spätestens am 300. Tage nach Auflösung der Ehe geboren ist[2]).

---

[1]) Nach ABGB. §§ 155 und 156 gilt jedes auch vor dem 7. Monate nach geschlossener Ehe geborene (nicht nur wie im rR. das in der Ehe erzeugte) Kind als ehelich, sofern nicht der Mann, dem aber vor der Verehelichung die Schwangerschaft nicht bekannt gewesen sein darf, längstens binnen 3 Monaten nach erhaltener Nachricht von der Geburt des Kindes der Vaterschaft gerichtlich widerspricht. — Eine gesetzliche Vermutung für die Ehelichkeit spricht aber erst für Kinder, die nach dem 6. Monat nach abgeschlossener Ehe geboren werden (§ 138).

[2]) Die Empfängniszeit (Konzeptionszeit) dauert also im rR. vom 182. bis 300. Tage vor der Geburt. D. 1, 15, 12 sagt: Septimo mense nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo cre-

2. Die für die Ehelichkeit (Legitimität) eines in der Ehe erzeugten Kindes sprechende Vermutung ist aber nur eine praesumtio iuris und kann daher (S. 361) durch den Nachweis, daß die Erzeugung durch den Ehemann (zB. wegen Abwesenheit oder Impotenz (D. 1, 6, 6) unmöglich ist, widerlegt werden (ABGB. § 158), nicht aber durch den bloßen Nachweis eines Ehebruchs der Frau innerhalb der Konzeptionszeit (D. 48, 5, 12, 9). Die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes (heute actio de paternitate negativa, Illegitimitätsklage genannt)[3] kann grundsätzlich nur durch den vermutlichen Vater erfolgen, erst nach seinem Tode auch von anderen Interessenten (l. 1 §§ 6, 12, 16, ll. 2, 3 D. 25, 3: De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis).[4] Umgekehrt kann das Kind (mit einer actio de liberis agnoscendis et alendis, heute actio de filiatione genannt) auf Anerkennung seiner Ehelichkeit klagen; ebenso seine Mutter (mit der actio de partu agnoscendo).

3. Nach einem SC. Plancianum aus der Zeit vor Hadrian (D. 25, 3, 3, 1) soll eine getrennte Frau, die schwanger zu sein behauptet, zwecks Verhinderung der Unterschiebung oder Unterschlagung eines Kindes dies binnen 30 Tagen seit der Trennung dem Mann anzeigen. Versäumt sie die rechtzeitige Anzeige, so fällt die Vermutung für die Ehelichkeit des Kindes fort; macht sie die Anzeige rechtzeitig, so kann der Ehemann custodes partus zur Ver-

---

dendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse. Das würde nach der römischen Berechnung des Monats zu dreißig Tagen (S. 317) den 181. Tag ergeben. In D. 38, 16, 3, 12 ist aber ausdrücklich der 182. Tag für maßgebend erklärt. Dagegen gilt nach ABGB. § 138 als Empfängniszeit die Zeit von nicht weniger als 6 Monaten (d. i. 180 Tagen, § 902) und nicht mehr als 10 Monaten (d. i. 300 Tagen) vom Tage der Geburt zurückgerechnet.

[3] Die Anerkennung der Ehelichkeit geschah ehemals durch Aufnehmen des dem Vater vor die Füße gelegten neugeborenen Kindes (tollere filium).

[4] Ähnlich ABGB. § 159. Nach § 158 kann der Mann die Ehelichkeit nur binnen 3 Monaten seit Kenntnis der Geburt anfechten.

hütung einer Unterschiebung bestellen (D. 25, 3, 1). Tut er weder dies, noch leugnet er, daß die Frau von ihm schwanger sei, so muß er das Kind anerkennen, falls er nicht die Unmöglichkeit seiner Vaterschaft beweist (D. 25 3, 1, 4). Nach einem Reskript von M. Aurel und L. Verus (divi fratres, D. 25, 4, 1) muß sich ferner die getrennte Frau, deren Schwangerschaft der Mann behauptet, im Hause einer ehrbaren Frau von drei Hebammen untersuchen und falls sie schwanger befunden wird, Beaufsichtigung durch den Mann gefallen lassen (edictum de inspiciendo ventre custodiendoque partu).

4. Den ehelich geborenen (in der Ehe erzeugten) Kindern stehen die durch Legitimation ehelich gewordenen gleich (unten § 151 b). Als per subsequens matrimonium legitimiert (nicht als ehelich, wie nach ABGB. Anm. 1) gelten auch die vor der Ehe von dem späteren Ehemann erzeugten, aber erst nach der Eheschließung geborenen Kinder (C. 5, 27, 11, Nov. 89, 8).[5])

### b. Wirkungen der ehelichen Abstammung.

Die eheliche Abstammung begründet in der Regel die väterliche Gewalt, welche ihrerseits wieder bedeutsame Rechtswirkungen nach sich zieht (agnatio, S. 180). Hierüber ist in § 150 zu sprechen. Hier handelt es sich um die Rechtsbeziehungen zwischen Aszendenten und Deszendenten, die unmittelbar auf der Abstammung beruhen, auf der Gemeinschaft des Blutes (cognatio, S. 182), ohne Rücksicht auf ein etwa bestehendes Gewaltverhältnis.

1. Das eheliche Kind erhält den Familiennamen des Vaters[6]).

---

[5]) Nach kanon. Recht und ABGB. § 160 haben auch die Kinder aus ungültigen Ehen die Rechte der ehelichen, wenn die Ungültigkeit nicht beiden Ehegatten bei der Eheschließung bekannt war (Putativehe).

[6]) Vgl. ABGB. § 146. Die Namen der Römer setzten sich aus dem praenomen (Vorname, zB. Marcus), nomen (Namen der Gens, zB. Porcius) und cognomen (Namen der Familie, zB. Cato) zusammen, wozu häufig noch ein agnomen (Beiname, zB. Censorius) trat.

2. Die Kinder sind den Aszendenten gegenüber zu besonderer Pietät verpflichtet (D. 37, 15: De obsequiis parentibus et patronis praestandis; ABGB. § 144). Abkömmlinge sollen ihre Vorfahren daher nicht ohne Erlaubnis des Gerichts verklagen (in ius vocare, D. 2, 4, 4, 1), widrigenfalls sie einer Privatstrafe von 50 aurei unterliegen (D. 2, 4, 24), Kinder sollen ferner gegen ihre Eltern keine auf Dolus gestützte Klage (D. 4, 11, 1) sowie keine actio famosa anstellen[7]) und von ihnen nicht den Gefährdeeid (iusiurandum calumniae) verlangen dürfen (D. 37, 15, 7, 3).

3. Das Erziehungsrecht steht an sich dem Vater (S. 880), nach seinem Tode (C. 5, 49, 1) und kraft richterlicher Übertragung unter Umständen (zB. wenn der Mann die Ehetrennung verschuldet hat oder liederlich ist, Nov. 117, 7, D. 43, 30, 1, 3) schon vorher der Mutter zu, falls diese nicht anderweit verheiratet ist (Nov. 22, 38; vgl. ABGB. §§ 139, 142, 143). Die dem Vater zustehenden Rechtsbehelfe auf Herausgabe eines Kindes (interdicta de liberis exhibendis et ducendis, S. 614[1]) wurden daher auch der die Erziehung führenden Mutter gewährt. Vgl. ABGB. § 145.

4. Aszendenten und Deszendenten sind einander zu wechselseitigem Unterhalte verpflichtet[8]) und Eltern haben gegen die Kinder (nicht auch umgekehrt) das beneficium

---

Die Namensänderung war nach C. 9, 25, 1 ohne weiteres gestattet, während es heute obrigkeitlicher Genehmigung bedarf.

[7]) Vgl. D. 37, 15, 5 ff. Ähnlich dem Gebot „Du sollst Vater und Mutter ehren" sagt D. 37, 15, 1, 2: Si filius matrem aut patrem, quos venerari oportet, contumeliis adficit vel impias manus eis infert, praefectus urbis delictum ad publicam pietatem pertinens pro modo eius vindicat.

[8]) D. 25, 3: De agnoscendis et alendis liberis, C. 5, 25: De alendis liberis; vgl. ABGB. §§ 141 ff. u. 154.

Vorausgesetzt ist Bedürftigkeit des Klägers, die dieser zu beweisen hat, und Vermögenszulänglichkeit des Beklagten (C. 5, 25, 2). Der Beweis der letzteren liegt aber nach richtiger Ansicht nicht dem Kläger ob; vielmehr hat der Beklagte zu beweisen, daß er ohne Gefährdung des eigenen Unterhalts zur Unterhaltung des Klägers nicht imstande ist.

competentiae (D. 42, 1, 16 u. 17; S. 434). Grobe Verletzung der Verwandtenpflicht beseitigt den Unterhaltsanspruch (D. 25, 3, 5, 11, C. 5, 25, 4). Der Erbe des Verpflichteten haftet nur bei äußerster Armut des Bedürftigen (D. 25, 3, 5, 17).

5. Über das Ruhen der Verjährung unter Verwandten vgl. S. 330, über die Verwandtschaft als Ehehindernis S. 838, über das Erfordernis der Zustimmung der Eltern zur Eheschließung S. 838, über ihre Dotationspflicht S. 849.

6. Auf der Verwandtschaft beruht das Intestaterbrecht und das Pflichtteilsrecht; hierüber ist im Erbrechte zu sprechen (unten §§ 157, 169).

## § 150. Väterliche Gewalt.

Wie schon S. 147 und 180 dargelegt, unterlagen nach älterem rR. alle zu einem Hause gehörenden Personen und Sachen der Hausgewalt des pater familias, insbesondere unterstanden die Kinder in persönlicher und vermögensrechtlicher Beziehung der patria potestas ihres Vaters und, falls dieser selbst noch hausabhängig (alieni iuris), also noch nicht pater familias war, ihres Großvaters (I. 1, 9, 3). Später traten in beiden Beziehungen Abschwächungen ein[1]).

### a. Entstehung der väterlichen Gewalt.

Die väterliche Gewalt beruht regelmäßig auf der Abstammung. Aber einerseits treten nicht alle Kinder unter die väterliche Gewalt ihres Vaters oder Großvaters (unten 1), anderseits wird die väterliche Gewalt nicht bloß durch die Abstammung, sondern auch noch durch andere Ereignisse begründet (unten 2).

#### 1. Entstehung durch Abstammung.

*α.* Die patria potestas ist ein dem ius civile eigen-

[1]) I. 1, 9, C. 8, 46: De patria potestate; D. 1, 6: De his qui sui vel alieni iuris sunt.

tümliches Rechtsinstitut gleich der darauf beruhenden agnatio (S. 180; G. 1, 55). Es erwirbt sie daher grundsätzlich nur ein römischer Bürger über seine in matrimonio legitimo (S. 836) — gleichgültig ob mit oder ohne manus — erzeugten Kinder. Da eine solche Ehe nur zwischen Personen möglich ist, die des connubium (S. 177) teilhaftig sind, so wird die väterliche Gewalt — bis zur lex Antoniniana de civitate, die allen freien Reichseinwohnern das volle Bürgerrecht verlieh (S. 175) — nicht begründet, wenn ein civis Romanus eine Latina oder peregrina, oder ein Latine oder Peregrine eine civis Romana geheiratet hatte. In einzelnen Fällen (vgl. S. 178[10]) wird allerdings mit dem späteren Erwerbe der Civität auch die patria potestas begründet, nämlich:

a. durch das ius Latii (S. 178);

b. durch Verleihung der Civität, sofern dem neuen Bürger die patria potestas über seine schon vorhandenen Kinder mit verliehen wird;

c. durch anniculi causae probatio (G. 1, 29 ff.). Nach der lex Aelia Sentia (S. 172[6]) werden gewisse Freigelassene (nämlich solche, die vor erreichtem 30. Lebensjahr ohne vorherige Prüfung der Veranlassung durch eine besondere Kommission — causae probatio apud consilium — freigelassen waren) nur Latini. Heiratet nun ein solcher Latinus eine civis Romana oder Latina und erklärt er hierbei vor 7 mündigen römischen Bürgern, daß er die spätere Erlangung der Civität erstrebe, so kann er, sobald aus dieser Ehe ein ein Jahr altes Kind (anniculus) vorhanden ist, beim Prätor oder praeses provinciae um Verleihung der Civität nachsuchen. Diese ist ihm nebst Frau und Kind nach Feststellung der Voraussetzungen zu erteilen (sog. causae probatio ex lege Aelia Sentia per anniculum) und damit erlangt er auch die patria potestas über das Kind;

d. durch erroris causae probatio (G. 1, 29 ff.). Hatte ein civis Romanus eine Nichtbürgerin in der irrigen Meinung, sie sei civis Romana geheiratet (oder umgekehrt), so kann er nach einem Senatsbeschlusse nach der Geburt eines

Kindes vor dem Prätor oder dem praeses provinciae „erroris causam probare". Erkennt die Behörde den Irrtum an, so erlangt der Eheteil, der nicht Bürger war, und sein Kind das Bürgerrecht, und damit entsteht auch die patria potestas.

β. Uneheliche Kinder haben im Rechtssinne keinen Vater. Ihr Erzeuger erlangt über sie also zunächst keinenfalls die patria potestas. Nach späterem rR. können aber Konkubinenkinder (S. 834[2]) durch sog. Legitimation die Stellung ehelicher Kinder erhalten und ihr Erzeuger erlangt alsdann die patria potestas über sie, aber nur mit ihrem Einverständnis (unten § 151 b).

2. Rechtsgeschäftliche Entstehung der patria potestas.

Rechtsgeschäftlich wird die väterliche Gewalt begründet durch arrogatio und adoptio (unten § 152).

b. Inhalt der väterlichen Gewalt.

1. Persönlicher Inhalt.

Kraft der patria potestas hat der Gewalthaber (vgl. S. 181):

α. das ius exponendi, das aber schon in ältester Zeit dahin beschränkt wurde, daß nur Monstra, Krüppel und Töchter (außer der erstgeborenen) unter Zustimmung von 5 Nachbarn ausgesetzt werden durften. Erst in der späteren Kaiserzeit wurde die Aussetzung völlig verboten und für strafbar erklärt (C. 8, 51, 2; 9, 16, 7; vgl. StGB. § 149);

β. das ius vitae ac necis. Die Herrschaft des pater familias über Leben und Tod der Hausgenossen, die ehemals nur an die Zuziehung eines consilium propinquorum oder amicorum gebunden war und noch zur Zeit Hadrians bestand (D. 48, 9, 5), wurde später zu einem bloßen Züchtigungsrecht abgeschwächt (vgl. ABGB. § 145), wobei die Obrigkeit auf Antrag eines Beteiligten im Verwaltungswege (extra ordinem) einzugreifen hatte (C. 8, 46, 3). Konstantin bestrafte die Tötung eines Kindes als

parricidium (C. 9, 17, 1). Die actio iniuriarum kann ein Hauskind niemals gegen den pater familias anstellen (D. 47, 10, 7, 3);

γ. das ius vendendi. Ursprünglich konnte der Gewalthaber seine Hauskinder wie Sklaven zwecks Erlangung des Kaufpreises verkaufen[2]). Dies geschah durch mancipatio und brachte die Kinder in das mancipium (S. 181) des Käufers. Später geschah der Verkauf nur zwecks noxae deditio, die bezüglich der Hauskinder erst durch Justinian beseitigt wurde (S. 637[24]) und ferner dicis causa als Rechtsform, indem die Manzipation an einen Fremden dazu benutzt wurde, um das Kind aus dem bisherigen Hausverbande loszulösen (S. 151), also vor allem zur Herbeiführung der Emanzipation (unten c 4) und zwecks Adoption (unten § 152). Ein wirklicher Verkauf neugeborener Kinder (sanguinolenti) ist aber noch unter Konstantin gestattet worden, jedoch nur propter nimiam paupertatem (C. 4, 43, 2).

Wird dem Vater ein Hauskind von einem Dritten vorenthalten, so kann er es anfänglich mit einer vindicatio filii s. in potestatem (D. 6, 1, 1, 2) herausverlangen. Später wird ihm ein interdictum de liberis exhibendis gegeben, mit welchem er die Vorweisung des Kindes erzwingen kann. Wird er an der Mitnahme des ihm vorgeführten Kindes verhindert, so wird ihm ein (prohibitorisches) interdictum de liberis ducendis gewährt (D. 43, 30, C. 8, 8; vgl. ABGB. § 145). Gegen die Mutter versagen diese Rechtsbehelfe, wenn ihr das Erziehungsrecht zusteht (D. 43, 30, 1, 3; S. 876).

Ist der status familiae einer Person streitig, behauptet jemand also, über einen Anderen die patria potestas zu haben, was dieser bestreitet, so wird hierüber, wie über

---

[2]) Das beweist der Satz der 12 Tafeln: si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto (unten c 4 α), wonach bei dreimaligem Verkaufe der Vater zur Strafe die patria potestas endgültig verlieren sollte. Erst später wurde diese Strafbestimmung zur Schaffung einer Rechtsform für die Emanzipation umgebildet (S. 151).

Libertät und Ingenuität (S. 168[2]), im Civilprozesse durch ein praeiudicium entschieden (D. 6, 1, 1, 2). Das Kind, das sui iuris zu sein behauptet, hat hierfür die Beweislast (D. 22, 3, 8).

Über den Wohnsitz der Hauskinder vgl. S. 193, über das Erfordernis der Zustimmung des pater familias zur Eheschließung des Hauskindes, S. 838; über sein Recht zur Bestellung eines Vormundes vgl. S. 898, eines Erben (Pupillarsubstitution) § 164 e 3.

2. Vermögensrechtlicher Inhalt.

Nach rR. wurde die Geschäftsfähigkeit einer Person durch die Tatsache, daß sie alieni iuris war, in keiner Weise beeinträchtigt (von der Darlehnsaufnahme abgesehen, S. 557[7]), wohl aber ihre Vermögensfähigkeit.

Nach älterem rR. konnte ein Hauskind überhaupt kein Vermögen haben; was es erwarb, wurde von selbst Vermögen des Vaters[2a]). Daher waren Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Hauskind, sowie zwischen Hauskindern desselben Hauses rechtlich unwirksam (vgl. jedoch S. 437).[3])

Der Grundsatz der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder wurde jedoch in der späteren Entwicklung vielfach durchbrochen.

*α.* Schon früh wurde es üblich, daß der Vater dem erwachsenen Hausſohn einen Vermögensteil (peculium, gemeinrechtlich peculium profecticium) zur eigenen Ver-

---

[2a]) G. 2, 87: Igitur quod liberi nostri quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscunter, sive quid stipulentur, vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest; et ideo si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest; et si iubentibus nobis adierit, hereditas nobis adquiritur proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus; et convenienter scilicet legatum per eos nobis adquiritur.

[3]) Früher führte man die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte zwischen Hausgenossen auf eine zwischen diesen bestehende „unitas personae“ in vermögensrechtlicher Beziehung zurück; vgl. I. 3, 19, 4 und C. 6, 26, 11, 1.

waltung überließ (S. 303). Dann blieb das peculium zwar nach wie vor Eigentum des Vaters, der es jederzeit zurücknehmen konnte (D. 15, 1, 8) und an den es beim Aufhören der väterlichen Gewalt von selbst zurückfiel[4]). Aber das Hauskind hatte doch darüber — mindestens wenn der Vater ihm die libera administratio eingeräumt hatte (D. 15, 1, 7, 1) — die freie Verwaltung; nur konnte es keine Schenkungen vornehmen. Die vom Kinde eingegangenen Schulden belasteten nicht nur das Kind persönlich — was bei dessen ursprünglicher Vermögensunfähigkeit praktisch bedeutungslos war —, sondern daneben bis zur Höhe des peculium auch den Hausherrn (actiones adiecticiae qualitatis de peculio und tributoria, S. 303). Das peculium konnte ferner durch Rechtsgeschäfte zwischen Hauskind und Hausvater vermehrt und vermindert werden. Solche Rechtsgeschäfte waren nunmehr also nicht mehr unwirksam, aber doch nicht klagbar, daher bloße Naturalobligationen (S. 436); denn rechtlich war das peculium immer noch Vermögen des Hausherrn.

β. Wirklich vermögensfähig wurde das Hauskind erst seit Augustus. Seither durfte das Hauskind nämlich über seinen Erwerb im Kriegsdienste (peculium castrense) durch Testament verfügen (I. 2, 12, pr.), und bald galt dieser Erwerb als überhaupt im freien Eigentume des Hauskindes stehend (D. 14, 6, 2), das darüber unter Lebenden wie von Todes wegen ohne Mitwirkung des Vaters verfügen, also auch mit diesem oder einem anderen Hauskinde vollgültige Rechtsgeschäfte abschließen durfte. In ähnlicher Weise wurde auch das Vermögen behandelt, welches das Hauskind

---

[4]) Es verbleibt dem Kinde jedoch als patrimonium, sofern es bei der Emanzipation (S. 886) nicht zurückbehalten wird (D. 15, 1, 53), und ferner, wenn das Vermögen des Vaters wegen Schulden vom Fiskus beschlagnahmt wird (separatio peculii ex constitutione Claudii; D. 4, 4, 3, 4 und 7).

Schenkungen des Gewalthabers an das Hauskind sind nichtig. Sie konvaleszieren aber, wenn sie bei der Emanzipation nicht zurückgenommen (C. 8, 53, 11) oder bis zum Tode des Hausvaters nicht widerrufen werden (C. 5, 16, 25, pr.).

als Beamter, Advokat oder Geistlicher oder durch Schenkung seitens des Regenten oder dessen Gattin erwarb (peculium quasi castrense).[5])

γ. Seit Konstantin wurde die Vermögensfähigkeit der Hauskinder weiter entwickelt. Seither erhielt der Vater an demjenigen, was das Kind von der Mutter (bona materna) oder deren Verwandten (bona materni generis) oder als lucra nuptialia (S. 871) erwarb, nur Verwaltung und Nutznießung während des Bestehens der patria potestas; das Eigentum daran fiel dagegen dem Hauskinde selbst zu, aber ohne das Recht, darüber von Todes wegen zu verfügen (C. 6, 60 u. 61, Nov. 118, 2). Zur Veräußerung und Belastung bedurfte es daher des Zusammenwirkens von Vater und Kind und, wenn dieses minderjährig war, eines Pflegers (C. 6, 61, 8, 4 u. 5).[5a]) Diese im Eigentume des Kindes stehenden, aber der Verwaltung und der Nutznießung des Vaters unterworfenen Vermögensteile faßte man später unter dem Namen bona adventicia regularia (unfreies Kindesgut) zusammen, im Gegensatze zu den bona adven-

---

[5]) D. 49, 17: De castrensi peculio; C. 12, 36. Als peculium castrense gilt: das dem Kinde zur militärischen Ausrüstung Gegebene, das aus Anlaß des Dienstes Erworbene (D. 49, 17, 11), das ihm von seinen Kommilitonen letztwillig Zugewendete (D. 49, 17, 5), ferner die Erbschaft infolge Testaments seiner Frau (D. 49, 17, 13).

Im Gegensatze zum peculium castrense und quasi castrense wird das sonstige, vom Vater stammende peculium auch peculium paganum genannt (C. 3, 28, 37, 1).

[5a]) Der „Dispositionsnießbrauch" (S. 778[4]) des Vaters am Adventizgut des Kindes ist ausgedehnter, als der gewöhnliche Nießbrauch (S. 780). Der Vater ist von der Leistung der cautio usufructuaria und von der Rechnungslegung befreit (C. 6, 61, 8, 4 d). Veräußern darf er grundsätzlich nicht, außer zur Berichtigung der Schulden des Kindes und in Fällen der Not, um das Vermögen des Kindes vor Verlust zu bewahren (C. 6, 61, 8, 4 und 5). Anderseits haftet der Vater wegen Verschuldung (C. 6, 60, 1). Über die gesetzliche Generalhypothek des Kindes am Vermögen des Vaters wegen des mütterlichen Adventizguts vgl. S. 808.

Wird ein dem Kinde angefallener Erwerb (zB. Erbschaft oder Vermächtnis) von ihm zurückgewiesen, so kann der Vater diesen Erwerb zu vollem Recht für sich beanspruchen (C. 6, 61, 8).

ticia irregularia (freies Kindesgut), bei denen dem Vater nicht einmal Verwaltung und Nutznießung zustand, so daß das volljährige Hauskind darüber die freie Verfügung — unter Lebenden, jedoch nicht von Todes wegen — hatte, während für das minderjährige ein Pfleger zu bestellen war. Zu ihnen gehörte, was das Hauskind erwarb:

a. gegen den Willen des Hausherrn (C. 6, 61, 8, 1);

b. durch die Zuwendung eines Dritten unter Ausschluß der Verwaltung und Nutznießung des Hausherrn (Nov. 117, 1);

c. durch Beerbung eines anderen Hauskinds neben dem Vater (Nov. 118, 2).

δ. Hiernach ist das Ergebnis der römischen Rechtsentwicklung:

Was aus dem Vermögen des Vaters stammt (peculium profecticium), bleibt in dessen Eigentum und wird vom Kinde nur verwaltet. Was anderweit vom Kind erworben (peculium castrense, quasi castrense) oder ihm von dritten zugewendet wird (bona adventicia), wird Eigentum des Kindes; der Hausvater kann daran bestenfalls Verwaltung und Nutznießung haben. Auch diese Rechte hat er nur an den bona adventicia regularia, nicht aber hinsichtlich des peculium castrense und quasi castrense sowie der bona adventicia irregularia. An den letzteren Vermögensmassen hat der Hausvater also keinerlei Rechte; das mündige Hauskind hat darüber die alleinige Verfügungsbefugnis, nur kann es über die bona adventicia nicht letztwillig verfügen (wohl aber über das peculium castrense und quasi castrense).[6])

Über die Beerbung der Hauskinder vgl. unten § 157 b 1.

---

[6]) a. Die eben dargestellten Sätze des jüngsten rR. sind Gemeines Recht geworden, freilich mit einigen wichtigen Änderungen.

1. Keine Aufnahme hat das peculium profecticium gefunden.

2. Was ein Hauskind erwirbt, erwirbt es grundsätzlich für sich. In seinem Vermögen lassen sich zwei Bestandteile unterscheiden:

α. das nichtfreie Kindesvermögen, an dem der Vater für die Dauer der väterlichen Gewalt Verwaltung und Nutznießung hat (die bona adventicia irregularia des rR.);

β. das freie Kindesvermögen, woran der Vater als solcher keinerlei Rechte (insbesondere keine Nutznießung hat), welches er viel-

### c. Endigung der väterlichen Gewalt.

Die väterliche Gewalt endet (I. 1, 12, D. 1, 7, C. 8, 48, G. 1, 124ff.):

1. durch den Tod (sowie jede capitis diminutio) des Gewalthabers. Dadurch werden aber nur seine Söhne und Töchter sui iuris; die bisher der Gewalt des Groß-

---

mehr nur als gesetzlicher Vertreter seiner minderjährigen Kinder bis zu ihrer Volljährigkeit gleich einem Vormunde verwaltet (das peculium castrense und quasi castrensi und die bona adventicia irregularia des rR.).

b. Eine durchgreifende Umgestaltung hat dieses Rechtsgebiet durch das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch erhalten:

1. Das ABGB. kennt nicht bloß eine väterliche, sondern auch eine Art elterlicher Gewalt (§ 139). Diese letztere besteht in der Befugnis zur Erziehung, dann in dem Recht, einverständlich die Handlungen ihrer Kinder zu leiten. Ferner haben beide Eltern das Züchtigungsrecht und das interdictum de liberis exhibendis (§§ 139, 144 und 145). — Die väterliche Gewalt enthält als wichtigste Befugnis das Recht zur Verwaltung des den minderjährigen Kindern gehörigen Vermögens. Dieses Verwaltungsrecht begreift aber kein Nießbrauchsrecht in sich. Kein Verwaltungsrecht hat der Vater hinsichtlich des Vermögens, das ein außer der Verpflegung der Eltern stehendes Kind durch eigenen Fleiß erwirbt, sowie auch hinsichtlich der Sachen, die einem Kinde nach erreichter Mündigkeit zum Gebrauch übergeben worden sind (§§ 149 ff.). Eine weitere in der väterlichen Gewalt liegende Befugnis ist das Recht zur Mitwirkung bei Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäften; unter der väterlichen Gewalt stehende Kinder können ohne Einwilligung des Vaters keine gültige Verbindlichkeit eingehen (§ 152). Der Vater hat ferner das Recht und die Pflicht, sein Kind, namentlich in Rechtssachen, zu vertreten. In der väterlichen Gewalt liegt endlich die Befugnis, das unmündige Kind für einen bestimmten Stand zu erziehen und zur Eingehung einer Ehe die Zustimmung zu erteilen (§§ 152 und 153). Zu bemerken ist, daß der Vater in manchen Beziehungen an die Zustimmung des Pflegschaftsgerichts gebunden ist oder daß gegen seine Verfügungen Abhilfe beim Pflegschaftsgericht gesucht werden kann (vgl. §§ 52, 148, 150, 178).

2. Die väterliche Gewalt endet mit der Volljährigkeit des Kindes (§ 172), d. i. dem zurückgelegten 24. Lebensjahre, ferner durch Entlassung des Minderjährigen aus der väterlichen Gewalt (§ 174), durch Verehelichung der minderjährigen Tochter (in diesem Falle bleibt der Vater jedoch Vermögensverwalter, § 175), durch Entsetzung von der väterlichen Gewalt (§ 177). Bei gewissen zeitweisen Hindernissen ihrer Ausübung kommt die väterliche Gewalt für diese Zeit außer Wirksamkeit (§ 176).

vaters unterworfenen Kinder des Sohnes treten unter dessen patria potestas (I. 1, 12, pr.);

2. durch Erlangung gewisser hoher Würden seitens des Kindes (ehemals der Würde einer virgo Vestalis oder des flamen Dialis, später zB. der Bischofswürde, der Präfektur, des Patriziats, I. 1, 12, 4, C. 8, 51, 2);

3. zur Strafe des Vaters (Verwirkung, vgl. ABGB. § 177) bei Aussetzung oder Verkuppelung des Kindes (C. 11, 41, 6) oder Eingehung einer inzestuosen (S. 839[9]) Ehe (Nov. 12, 2);

4. durch Entlassung (emancipatio). Die patria potestas dauerte grundsätzlich bis zum Tode des Vaters, auch während der Volljährigkeit der Kinder und bei Töchtern — sofern sie nicht eine Manusehe eingehen — auch nach ihrer Verheiratung. Es besteht jedoch die Möglichkeit einer früheren Beendigung der väterlichen Gewalt durch Rechtsgeschäft. Die Entlassung steht aber grundsätzlich (D. 1, 7, 31, vgl. jedoch zB. D. 1, 7, 32, pr.; 37, 12, 5; 35, 1, 92) im freien Belieben des pater familias; das Hauskind kann sie weder beanspruchen noch bedarf sie seiner Zustimmung.

α. Hierzu diente anfänglich der Satz der 12 Tafeln: si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto (S. 96), indem aus diesem ursprünglich zur Verhinderung eines Mißbrauchs des ius vendendi gegebenen Satze (S. 880) eine Rechtsform für die Entlassung geschaffen wurde. Hierbei (vgl. G. 1, 132) wird das Hauskind zum Schein in das mancipium eines Anderen gegeben. Dieser läßt es — einem der mancipatio zugefügten pactum fiduciae (S. 151) entsprechend — vindicta (S. 170) frei. Haustöchter und Enkel sind schon hierdurch von der väterlichen Gewalt befreit, bei Haussöhnen bedarf es wegen des erwähnten Satzes der 12 Tafeln einer dreimaligen Manzipation und Freilassung, indem sie nach den ersten beiden Freilassungen wieder unter die patria potestas zurückfallen. Mit jeder Manzipation und Freilassung erleidet das Kind eine capitis diminutio minima, verliert also seine Agnation auch zu seinen eigenen Kindern, falls sie an der Emanzipation ihres Vaters nicht teilnehmen. Da der Freilassende ein Quasipatronat (S. 174)

über den Emanzipierten und dabei ein Intestaterbrecht an seinem Vermögen erhielt, so ließ der Hausvater das Kind regelmäßig sich selbst remanzipieren und ließ es dann frei (parens manumissor, im Gegensatze zum extraneus manumissor).

β. Durch Kaiser Anastasius wird 502 n. Chr. die emancipatio per rescriptum principis (sog. emancipatio Anastasiana, C. 8, 48, 5) geschaffen, welche eine capitis diminutio minima und damit den Verlust der bisherigen Agnationsrechte (S. 184) herbeiführt, wenn diese nicht besonders vorbehalten werden.

γ. Justinian endlich beseitigte (C. 8, 48, 6) die zu α erwähnte Emanzipation und stellte neben die emancipatio Anastasiana eine Entlassung durch Erklärung vor dem Richter in Gegenwart des Kindes (sog. emancipatio Iustinianea).

δ. Mit der Emanzipation verliert der Vater Nießbrauch und Verwaltung an den bona adventicia regularia (S. 884). Er behält jedoch als praemium emancipationis seit Konstantin ein Drittel der bona adventicia regularia zu Eigentum, nach Justinian die Hälfte, aber nur zu Nießbrauch (I. 2, 9, 2, C. 6, 61, 6, 3).

ε. Wegen Undankbarkeit der Kinder kann ihre Entlassung widerrufen werden (C. 8, 49, 1).[7])

5. Über Endigung der väterlichen Gewalt infolge der Adoption des Kindes vgl. S. 894.

---

[7]) Die beiden Entlassungsformen des späteren rR. wurden in Deutschland selten angewendet. Vielmehr erhielt sich aus dem deutschen Rechte der Gedanke, daß die väterliche Gewalt endet: mit der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Söhne, die sich hauptsächlich in der Errichtung eines eigenen Haushalts zeigt (separata oeconomia), und mit der Verheiratung der Töchter (sog. emancipatio tacita s. iuris Germanici s. Saxonica).

Das ABGB. hat neben den erwähnten Formen der emancipatio Saxonica (§§ 174 und 175) auch die ausdrückliche Entlassung aufgenommen (§ 174). Ihre Form besteht darin, daß der Vater mit Genehmhaltung des Gerichts sein minderjähriges Kind aus der väterlichen Gewalt zu entlassen erklärt (Anm. 6).

## § 151. Uneheliche Kinder.

### a. Rechtsstellung[1]).

Nach altrömischem Rechte galten uneheliche Kinder als Kinder ohne Vater. Sie hatten also keinerlei Ansprüche gegen den Erzeuger[2]). In einem Verwandtschaftsverhältnisse standen sie ausschließlich zu ihrer Mutter und zwar nur in einem kognatischen. So lange daher das Erbrecht sich auf agnatischer Grundlage aufbaute, also nach ius civile (S. 153), hatten sie ein gesetzliches Erbrecht nicht einmal der Mutter und deren Verwandten gegenüber. Dies änderte sich erst unter dem Einflusse des auf der Blutsverwandtschaft beruhenden ius gentium (D. 38, 8, 4 und 8).

Im späteren Rechte, nach Anerkennung des Konkubinats (S. 834[2]), stellte man die einem solchen entsprungenen liberi naturales den einer nicht dauernden Geschlechtsverbindung entstammenden spurii oder vulgo quaesiti gegenüber. Nach justinianischem Rechte (Nov. 89) haben die letzteren ein Erbrecht und einen Unterhaltsanspruch nur gegen ihre Mutter und deren Verwandte und auch diese Rechte nicht, wenn sie „ex damnato coitu procreati", d. h. im Inzest (incestuosi) oder Ehebruch (adulterini) erzeugt sind. Die liberi naturales (Konkubinenkinder) haben dagegen einen Unterhaltsanspruch gegen ihren Erzeuger und, falls dieser keine Ehefrau und keine ehelichen Kinder hinterläßt, mit ihrer Mutter ein gesetzliches Erbrecht auf $^1/_6$ seines Nachlasses. Testamentarisch konnte ihnen der Vater, wenn er eheliche Nachkommen hinterließ, höchstens $^1/_{12}$ des Nachlasses zuwenden (C. 5, 27, 2 und 8, ein Fall beschränkter Kapazität, § 156 b 4 γ c).[3])

---

[1]) C. 5, 27: De naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus casibus iusti efficiuntur.

[2]) Ähnlich wie es noch im heutigen französischen Rechte heißt: la récherche de la paternité est interdite.

[3]) Im Gem. Recht, das den concubinatus nicht rezipierte, (S. 834[2]), wurden die nach rR. nur den Konkubinenkindern zustehenden Rechte allen unehelichen Kindern gewährt.

Nach ABGB. §§ 165 ff. sind uneheliche Kinder von den Rechten der Familie und Verwandtschaft ausgeschlossen. Sie führen den Ge-

b. Legitimation unehelicher Kinder.

1. Legitimation ist der Rechtsvorgang, durch den uneheliche Kinder die Rechtsstellung der ehelichen erlangen. Sie kann nach rR. erfolgen als:

*α.* Legitimatio per subsequens matrimonium, d. h. heiratet jemand seine Konkubine, so gelten die mit ihr erzeugten liberi naturales als eheliche Kinder (Justinian in C. 5, 27, 8—11, Nov. 74 und 89, 8).

*β.* Legitimatio per rescriptum principis, d. h. als Gnadenakt durch Reskript des Kaisers auf Antrag des Vaters und falls dieser in seinem Testamente das Kind zum Erben eingesetzt und seine Legitimierung erbeten hatte, auf Antrag des Kindes (sog. legitimatio per testamentum). Auch diese Legitimationsart bezieht sich nur auf Konkubinenkinder und setzt voraus, daß die Ehe mit der Mutter unmöglich oder unpassend ist und daß der Vater keine ehelichen Kinder hat (Nov. 74, 1 und 2; 89, 9 und 10).

*γ.* Legitimatio per oblationem curiae. Sie wird — um dem wegen der Haftung für die Steuern unbeliebten Stande der Dekurionen neue Mitglieder zuzuführen, S. 85 — dadurch herbeigeführt, daß der Vater seinen unehelichen Sohn decurio werden läßt oder seine uneheliche Tochter mit einem decurio verheiratet. Diese Legitimations-

---

schlechtsnamen der Mutter. Die Eltern des unehelichen Kindes sind jedoch verpflichtet, ihm eine ihrem Vermögen angemessene Verpflegung, Erziehung und Versorgung zu verschaffen. Zur Verpflegung des Kindes, bis es sich selbst ernähren kann, ist in erster Linie der uneheliche Vater berufen. Als solcher gilt, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit, d. i. nicht weniger als 6 und nicht mehr als 10 Monate vor der Geburt, beigewohnt hat (§ 163). Der Beweis, daß auch andere in der kritischen Zeit der Mutter beigewohnt haben (exceptio plurium concumbentium), hindert nicht die Anerkennung des einen concumbens als Kindesvaters und seine Verpflichtung zur Alimentenzahlung. Der uneheliche Vater besitzt keine väterliche Gewalt. Doch steht beiden Eltern, soweit es der Zweck der Erziehung fordert, Gewalt über das Kind zu. Die unmittelbare Erziehung des Kindes gebührt der Mutter. Intestaterbrecht und Anspruch auf Heiratsgut steht unehelichen Kindern nur gegenüber der Mutter zu.

art ist bei allen unehelichen Kindern zulässig, aber nur mangels ehelicher Deszendenz (C. 5, 27, 3 und 4, sowie 9, Nov. 89, 2—4).

2. Die legitimierten Kinder erhalten die Rechtsstellung ehelicher; sie treten aber nur mit ihrer Einwilligung unter die väterliche Gewalt ihres Erzeugers (Nov. 89, 11).[4])

## § 152. Annahme an Kindes Statt.

Für die Annahme an Kindes Statt (adoptio)[1]) bestehen nach rR. (G. 1, 97ff.) zwei nach Voraussetzungen und Wirkungen verschiedene Institute: die arrogatio gewaltfreier und die adoptio (i. e. S.) gewaltunterworfener Personen.

Gemeinsame Voraussetzungen beider Institute (G. 1, 103ff.) sind:

An Kindes Statt[1a]) annehmen kann nur, wer der väterlichen Gewalt fähig ist, daher keine Frau; doch wird Frauen seit Diokletian in solatium liberorum amissorum die Adoption gestattet (I. 1, 11, 10, C. 8, 47, 5). Auch Kastraten (nicht aber natürlich Zeugungsunfähige, spadones) sind nicht fähig, an Kindes Statt anzunehmen (I. 1, 11, 9). Ferner muß der Annehmende älter sein als der Anzunehmende, und zwar nach späteren Recht um eine plena pubertas, d. h. 18 Jahre (adoptio naturam imitatur, I. 1, 11, 4).

---

[4]) Gemeinrechtlich war nur die leg. per subsequens matrimonium und per rescriptum principis zulässig, aber für alle unehelichen Kinder. Das gleiche gilt nach ABGB. §§ 161 und 162. Als Legitimationsfall führt ABGB. § 160 ferner an, wenn bei einer ungültigen Ehe (durch Dispensation, Stubenrauch, Krainz) das Ehehindernis gehoben worden ist, dann, wenn bei einer ungültigen Ehe wenigstens einem Gattenteile die schuldlose Unwissenheit des Ehehindernisses zustatten kommt.

[1]) I. 1, 11, C. 8, 47: De adoptionibus; D. 1, 7: De adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur.

[1a]) Es kann jemand auch als Enkel adoptiert werden (D. 1, 7, 37, pr.), auch wenn der pater adoptans nie Kinder hatte (D. 1, 7, 43).

Zur Zeit des Gajus war die Zulässigkeit der Adoption durch jüngere Personen streitig (G. 1, 106). Die Annahme an Kindes Statt kann nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung (D. 1, 7, 34), auch nicht durch einen Vertreter (D. 1, 7, 25, 1) erfolgen.

a. Arrogatio.

1. Voraussetzungen.

Die Annahme eines homo sui iuris an Kindes Statt (oder Enkels Statt) erfolgte ursprünglich calatis comitiis, d. h. durch einen Volksschluß der Kuriatkomitien (S. 59) nach vorheriger Begutachtung seitens der pontifices und Befragung des Volkes (rogatio, daher der Name) sowie der beiden Beteiligten[2]). Der Anzunehmende mußte hiernach seine Zustimmung geben; deshalb konnten Frauen (G. 1, 101) und Unmündige, da sie in den Kuriatkomitien nicht erscheinen durften, anfänglich nicht arrogiert werden. Später wurde die arrogatio calatis comitiis durch einen Formalakt vor den pontifices unter Zuziehung von 30 Liktoren (S. 60) und endlich durch die arrogatio per rescriptum principis (als des pontifex maximus, S. 79) ersetzt (C. 8, 47, 2 u. 6), und nunmehr konnten auch Frauen und (seit Antoninus Pius) Unmündige mit Zustimmung ihres Vor-

---

[2]) Der pater arrogans kann seine Erklärung auch in seinem Testament abgeben (sog. testamentarische Adoption). In dieser Weise arrogierte Cäsar seinen Neffen Oktavius (S. 79), was dieser durch die Kuriatkomitien bestätigen ließ.

Der Vorgang der Arrogation vor den Kuriatkomitien ist von Gellius, Noctes Atticae (S. 111[1]) überliefert. Der die comitia calata leitende pontifex maximus fragt den arrogator: an velit eum quem adoptaturus sit, iustum filium sibi esse, alsdann den arrogandus: an id fieri patiatur, endlich die Komitien: Velitis iubeatis, Quirites, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius sibi siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique vitae necisque in eo potestas siet, uti patri endo (in) filio est. Haec ita, uti dixi ita vos Quirites rogo. Nach Verkündung des Beschlusses der Komitien erklärt der Arrogierte durch detestatio sacrorum seinen Austritt aus seiner bisherigen agnatischen Familie.

munds arrogiert werden. Die arrogatio eines Unmündigen ist aber — wegen der einschneidenden Wirkungen der arrogatio, insbesondere auch vermögensrechtlicher Natur (S. 893) — an besondere Vorsichtsmaßregeln geknüpft: sie darf nur nach Sachuntersuchung (causae cognitio) erfolgen; der pater arrogans (oder arrogator) erhält kein Erbrecht gegen den arrogatus (S. 893) und muß daher Kaution dafür bestellen, daß er das Vermögen des Arrogierten im Falle der Emanzipation oder des Todes des Arrogierten seinen Erben herausgeben werde (I. 1, 11, 3); der Arrogierte hat nach erreichter Mündigkeit einen Anspruch auf die Emanzipation (D. 1, 7, 32 und 33) und, falls er vom pater arrogans grundlos emanzipiert oder enterbt ist, als Ersatz des ihm hierdurch verloren gehenden Erbrechts einen Anspruch auf ein Viertel des Nachlasses des pater arrogator (sog. quarta divi Pii); vgl. I. 1, 11, 3, C. 8, 47, 2).[3])

Der Arrogierende muß mindestens 60 Jahre alt (D. 1, 7, 15, 2) und kinderlos sein (D. 1, 7, 17, 3). Mehr als eine Person (D. 1, 7, 15, 3) sowie Konkubinenkinder (C. 5, 27, 7, 3, Nov. 74, 3 und 89, 7) können nicht arrogiert werden.

Arrogationen staatsrechtlicher Natur kamen in Rom vor zwecks Übergang vom Patrizier- zum Plebejerstande (transitio ad plebem, so Clodius, zwecks Erlangung des Volkstribunats) und seitens kinderloser Kaiser zur Sicherung der Thronfolge.

### 2. Wirkungen der arrogatio.

Durch die arrogatio tritt ein bisher Gewaltfreier mit seinen Hauskindern (G. 1, 107) unter die patria potestas des Arrogierenden. Er wird Agnat und als solcher zugleich Kognat aller Agnaten des Arrogierenden (D. 38, 16, 2, 3; 38, 8, 1, 4). Der Arrogierte erleidet daher eine capitis

---

[3]) Veräußerungen des parens arrogator unter Lebenden zwecks Schmälerung dieser quarta kann der arrogatus nach dem Tode des arrogator anfechten und zwar den Testamentserben gegenüber mit einer actio quasi Faviana, den Intestaterben gegenüber mit einer actio quasi Calvisiana (D. 38, 5, 13); unten § 169 b 2.

diminutio minima (G. 1, 162), indem er aus der bisherigen Agnationsfamilie austritt (D. 38, 10, 4, 10) und verliert damit sein agnatisches Erbrecht in der bisherigen Familie. Dem pater arrogans fällt nach vorjustinianischem Rechte das Aktivvermögen des Arrogierten (im Wege einer acquisitio per universitatem, S. 184) zu, während nach justin. Recht der arrogator nur Nießbrauch und Verwaltung daran erhält (I. 3, 10, 2). Beide Beteiligte — abgesehen von dem arrogator impuberis (S. 892) — erhalten ein wechselseitiges Erbrecht.

b. Adoptio.

1. Voraussetzungen.

Zur Annahme eines homo alieni iuris an Kindes Statt bedurfte es anfänglich (G. 1, 134) einer dreimaligen (bei Hausſöhnen, vgl. S. 886) oder einmaligen (bei sonstigen Hauskindern) Manzipation des zu Adoptierenden seitens seines pater familias an den pater adoptans (oder auch einen Fremden), zwecks Beseitigung der bisherigen Hausgewalt, wie bei der Emanzipation. Nach der dritten (oder ersten) Manzipation remanzipierte der pater adoptans das Kind dem bisherigen Gewalthaber. Nunmehr nahmen die Beteiligten eine in iure cessio (S, 151) vor, indem der pater adoptans das Kind als seinen filius familias vindizierte (vindicatio in potestatem, S. 880), der bisherige pater familias nicht widersprach und der Prätor das Kind dem Adoptivvater addizierte.

Im justin. Recht ist die Adoptionsform sehr vereinfacht (C. 8, 47, 11) Die Adoption geschieht nunmehr durch persönliche Erklärung des Adoptivvaters zu gerichtlichem Protokoll in Gegenwart und ohne Widerspruch des Adoptivkindes[3a]).

2. Wirkungen.

Ursprünglich hat die Adoption, da auch sie eine capitis

---

[3a]) Streitig ist für das Gem. Recht, ob der Adoptierende (wie der Arrogierende, S. 892) kinderlos sein muß.

diminutio minima herbeiführt, die vollen Wirkungen der Arrogation. Es gehen jedoch die Kinder des Adoptierten, im Gegensatze zur Arrogation, nicht in die Gewalt des Adoptierenden über (I. 1, 7, 2, 2). Nach justin. Recht (C. 8, 47, 10) ist dagegen zu unterscheiden:

*α.* Wird ein Hauskind von einem Aszendenten adoptiert (zB. vom Großvater), so treten die vollen Wirkungen der Arrogation ein (heute sog. adoptio plena „quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis iura", I. 1, 11, 2). Daher tritt in diesem Falle das Adoptivkind unter die patria potestas des Adoptivvaters und in dessen agnatischen Familienverband ein. Die agnatische Verbindung mit der angestammten Familie und daher auch das auf der Agnation beruhende, wechselseitige Erbrecht ist beseitigt, die kognatische Verbindung bleibt dagegen bestehen, und es entsteht nach römischer Anschauung ein Kognationsverhältnis zwischen dem Adoptierten und der Familie des Adoptierenden (D. 38, 8, 1, 4).

*β.* Wird ein Hauskind dagegen von einem Nichtaszendenten adoptiert (sog. adoptio minus plena), so bleibt es unter der bisherigen patria potestas. Diese Adoption bewirkt nur, daß das Adoptivkind gegenüber dem Adoptivvater (nicht auch umgekehrt) ein Unterhaltsrecht und ein gesetzliches (nicht aber Not-) Erbrecht erwirbt[4]).

*γ.* Der durch eine Frau Adoptierte (S. 890) gilt ihr, nicht aber auch ihren Verwandten gegenüber, als eheliches Kind (C. 8, 47, 5). Es entsteht also insbesondere ein wechselseitiges Erbrecht[5]).

---

[4]) Adoptierte jemand einen von 3 Söhnen eines Vaters (sog. adoptio ex tribus maribus), so soll er ihm nach einem SC. Sabinianum oder Afinianum gleich einem arrogierten impubes (S. 892) ein Viertel seines Vermögens hinterlassen. Justinian beseitigte dies (C. 8, 47, 10, 3).

[5]) Das ABGB. (§§ 179 ff.) hat die Unterschiede zwischen arrogatio, adoptio plena und adoptio minus plena beseitigt.

a. Voraussetzungen der Annahme an Kindes Statt sind: der Annehmende darf keine ehelichen Kinder haben, den ehelosen Stand nicht feierlich angelobt haben, muß 50 Jahre alt und mindestens

18 Jahre älter sein als das Kind. Uneheliche Kinder können von ihren Eltern nicht adoptiert, sondern nur legitimiert werden.

b. Die Adoption geschieht durch Abschluß eines Annahmevertrags zwischen dem Annehmenden und dem Wahlkinde, bezw., wenn dieses minderjährig ist, dessen gesetzlichem Vertreter. Auch großjährige Wahlkinder bedürfen übrigens der Zustimmung ihres lebenden ehelichen Vaters. Ferner ist zum Annahmevertrag Bestätigung des Gerichtshofes 1. Instanz (Landes- oder Kreisgericht) und Eintragung ins Gerichtsprotokoll erforderlich (ABGB. § 181, Pat. §§ 257 bis 262, JN. §§ 109 Abs. 2 u. 113).

c. Die Wirkungen der Annahme sind: das Adoptivkind erhält die Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden (Unterhaltsanspruch, Erbrecht) und dessen Namen, behält aber seinen vorigen Familiennamen bei. Der Wahlvater übernimmt die väterliche Gewalt. Durch den Annahmevertrag können übrigens auch andere Bestimmungen getroffen sein; nur muß stets das Wahlkind den Namen des Wahlvaters (den Geschlechtsnamen der Wahlmutter, § 182) bekommen. Gegenüber seinen bisherigen Verwandten behält das Kind seinen Unterhaltsanspruch und sein Erbrecht, ebenso umgekehrt. Auf die Mitglieder der Familie des Wahlvaters hat das Verhältnis zwischen diesem und dem Wahlkinde keinen Einfluß.

Verschieden von der Adoption ist die Übernahme in die Pflege (§ 186).

# Dritter Abschnitt. Vormundschaft.

## § 153. Vormundschaft. Allgemeines[1]).

### a. Begriff.

Vormundschaft ist die durch das Recht angeordnete Fürsorge für solche gewaltfreie Personen, die für sich selbst zu sorgen nicht imstande sind[2]). Personen, die der Gewalt (patria potestas, manus, mancipium) eines Anderen unterworfen sind, bedürfen einer sonstigen Fürsorge nicht und erhalten daher keinen Vormund (ebenso ABGB. § 187).

### b. Arten.

Das rR. kennt zwei Formen vormundschaftlicher Fürsorge: tutela und cura (oder curatio), die sich nach ihren Voraussetzungen und ihren Wirkungen unterscheiden[3]).

---

[1]) I. 1, 13, D. 26, 1: De tutelis. Das Vormundschaftswesen ist behandelt in G. 1, 142 ff., I. 1, 13—26, D. 26 und 27, C. 5, 28—75.

[2]) D. 26, 1, 1, pr.: Tutela est, ut Servius (sc. Sulpicius, S. 113) definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.

[3]) Worin das allgemeine Unterscheidungsmerkmal zwischen tutela und cura zu finden ist, darüber herrscht Streit. Manche finden einen begrifflichen Unterschied darin, daß dem tutor auch die Sorge für die Person, dem curator vorwiegend die Sorge für das Vermögen des Mündels obgelegen habe (I. 1, 14, 4), andere darin, daß der tutor zur auctoritatis interpositio (S. 241), der curator zur bloßen Konsenserteilung (S. 242) berufen gewesen sei.

Auch das ABGB. kennt zwei verschiedene vormundschaftliche Rechtsinstitute: die Vormundschaft über Minderjährige und die

1. Die tutela kommt vor: als tutela impuberum, über welche in § 154 zu sprechen ist, und als tutela mulierum, die S. 247 behandelt ist und im jüngsten rR. verschwunden ist.

2. Die cura (unten § 155) kommt vor: als cura minorum (S. 242), als cura furiosi und prodigi (S. 246), als cura debilium personarum (S. 245). Außer diesen Fällen einer cura personarum kann unter Umständen eine cura bonorum angeordnet werden zur Verwaltung einer der Verwaltung eines Berechtigten entbehrenden Vermögensmasse, so des Vermögens eines Abwesenden, insbesondere eines Kriegsgefangenen, der hereditas iacens, der Konkursmasse (D. 42, 5, 22, 1; 50, 4, 14; 42, 7, 2), des einem nasciturus vorbehaltenen Vermögens (S. 163).

## § 154. Tutela impuberum.

### a. Berufung zur Vormundschaft.

#### 1. Berufungsgründe.

*α.* Die Vormundschaft über Unmündige[1]) ist (gleich der über Frauen, S. 247) anfänglich reine Familienangelegenheit. Vormund wird, wer vom pater familias für den Fall seines Todes im Testamente berufen ist (tutor testamentarius), mangels eines solchen der nächste Agnat,

---

Kuratel über solche Personen, die aus einem anderen Grunde als dem der Minderjährigkeit ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen unfähig sind. Die Vormundschaft stellt sich im Wesen als Fortsetzung, bezw. als Ersatz der fehlenden väterlichen Gewalt dar; die Kuratel hat enger begrenzte Aufgaben. Der römische Gegensatz zwischen tutela und cura hat für das österr. Recht keine Bedeutung.

[1]) Wie schon S 243[3] ausgeführt, ist die römische Unterscheidung, wonach gewaltfreie impuberes einen tutor erhalten mußten, puberes minores dagegen einen curator erhalten konnten, durch die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 beseitigt worden. Auch nach ABGB. § 187 erhält jeder nicht einer elterlichen Gewalt (S. 885[6]) unterstehende Minderjährige einen Vormund bis zu seiner Volljährigkeit; diese tritt aber nach ABGB. § 21 mit dem vollendeten 24., nicht, wie nach Gem. Recht, erst mit dem vollendeten 25. Lebensjahre ein.

bei Freigelassenen der Patron (tutor legitimus). Die Vormundschaft begründet ursprünglich — gleich der patria potestas — auch nur Rechte des Vormunds („vis ac potestas", D. 26, 1, 1, pr., S. 896[2]; die gleichlautende Stelle I. 1, 13, 1 schreibt „ius ac potestas"), was besonders bei der tutela mulierum zutage tritt. Der Vormund führt die Verwaltung ganz nach freiem Ermessen (vice domini) und ist dem Mündel nur für Untreue bei der Verwaltung verantwortlich (actio rationibus distrahendis, S. 626).

Später ändert sich der Charakter der Tutel. Es kommt die Anschauung auf, daß es Sache des Staats sei, für die Personen zu sorgen, die außerstande sind, ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen. Neben die tutela testamentaria und legitima tritt die tutela dativa[2]), d. h. die Anordnung durch die Obrigkeit (Obervormundschaft). Die letztere — der praetor urbanus, später ein praetor tutelaris in Rom und die praesides provinciae — überwacht auch mehr und mehr die Vermögensverwaltung der Vormünder. Die tutela wird aus einem bloßen Rechte zu einem — besondere Pflichten begründenden — öffentlichen Amte (munus publicum).

β. Für das entwickelte rR. kommen hiernach drei Berufungs- (Delations-) Gründe der tutela in Betracht:

a. Tutela testamentaria (I. 1, 14, D. 26, 2, C. 5, 28).

Der pater familias eines impubes kann diesem schon nach den 12 Tafeln (uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto, Ulp. fragm. 11, 14) in einem Testament oder in einem testamentarisch bestätigten Kodizill (D. 26, 2, 3, pr.) einen Vormund ernennen, sofern der impubes beim Tode des Testators sui iuris werden, also nicht in die patria potestas eines Sohnes des Testators fallen würde (I. 1, 13, 3). Der Ernannte muß bestimmt, in früherer Zeit auch „imperativis verbis" (L. Titium

[2]) In den Quellen heißt tutor dativus nicht der durch die Obrigkeit, sondern der durch den Gewalthaber berufene Vormund; vgl. zB. D. 46, 6, 7, G. 1, 154.

liberis meis tutorem do, G. 1, 149) bezeichnet sein (D. 26, 2, 20, pr.); die Ernennung kann aber auch unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen (D. 26, 2, 8, 1 ff.), nicht aber auf einzelne Geschäfte beschränkt werden[3]). Leidet die Ernennung an einem formellen oder materiellen Mangel, erfolgt sie zB. für ein emanzipiertes Kind oder seitens eines Anderen als des Inhabers der väterlichen Gewalt, so kann sie durch confirmatio der Obrigkeit gültig werden; die confirmatio wird, wenn die Anordnung vom Vater ausgeht, ohne weiteres (sine inquisitione), in anderen Fällen, zB. wenn sie von der Mutter oder einem Fremden ausgeht, nach Untersuchung (ex inquisitione) erteilt; vgl. D. 26, 3, C. 5, 29.

b. Tutela legitima (I. 1, 15, D. 26, 4, C. 5, 30).

Mangels einer testamentarischen Bestimmung des pater familias ist schon nach den 12 Tafeln der nächste männliche Agnat zur Vormundschaft berufen. Eine gesetzliche Vormundschaft erhält aber — kraft Patronatsrechts (S. 172) und Quasipatronatsrecht, S. 174 — auch der, welcher eine Person aus der dominica potestas[4]) oder dem mancipium entlassen hat. Da die manumissio ex mancipio regelmäßig zur Erfüllung eines pactum fiduciae erfolgt, so vor allem im Falle der Emanzipation unter Heranziehung eines Dritten (S. 886), so heißt die gesetzliche Vormundschaft des manumissor ex mancipio: tutela fiduciaria (G. 1, 166, I. 1, 19). Sie geht nach dem Tode des manumissor auf seine Söhne über (D. 26, 4, 3 u. 4).

Nach justin. Recht ist — entsprechend der Abschwächung der Bedeutung der agnatio im Erbrecht, S. 158 — der nächste erbberechtigte[5]) Kognat tutor legitimus (Nov. 118, 5).

---

[3]) D. 26, 2, 12—14: Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest nec deductis rebus et si datus fuerit, tota datio nihil valebit, quia personae, non rei vel causae datur.

[4]) Über die Erlangung der tutela legitima durch den quiritarischen Eigentümer vgl. S. 682[5].

[5]) Nach dem Grundsatze: ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet (I. 1, 17, pr.).

c. Tutela dativa (I. 1, 20, D. 26, 5, C. 5, 34).

Mangels eines tutor testamentarius oder legitimus erhält nach neuerem Rechte der gewaltfreie Unmündige einen Vormund von Amts wegen. Zur Stellung des Antrags (petitio oder postulatio tutoris) sind die Mutter und die sonstigen gesetzlichen Erben des Unmündigen binnen Jahresfrist verpflichtet, widrigenfalls sie ihr Erbrecht verlieren, sofern der Mündel vor erreichter Mündigkeit stirbt (D. 26, 6, C. 5, 31). Die Bestellung erfolgt in Rom nach einer lex Atilia (188 v. Chr.?)[6] durch den praetor urbanus nach Befragung der Mehrheit der Volkstribunen (sog. tutor Atilianus), in den Provinzen nach einer lex Iulia et Titia durch den praeses provinciae (G. 1, 185). Unter Mark Aurel wird für Rom ein besonderer praetor tutelaris ernannt.

Die datio tutoris kann als actus legitimus (S. 287) nicht bedingt oder auf Zeit erfolgen, wohl aber für einen bestimmten Fall (tutor ad hoc), so nach altem Recht, falls der Mündel gegen seinen Vormund klagen oder mit ihm ein Geschäft abschließen wollte (tutor praetorius, G. 1, 184). Später wird entsprechend dem Grundsatze: tutorem habenti tutor dari non potest (D. 20, 2, 27, pr.) in solchen Fällen ein curator bestellt (I. 1, 21, 3); ähnlich heute ABGB. §§ 271 u. 272.

2. Beginn der Vormundschaft.

Die tutela testamentaria und legitima fällt den Berufenen von selbst an, die tutela dativa wird durch Dekret der Vormundschaftsbehörde übertragen. Alle Vormünder übernehmen die Pflichten ihres Amtes mit Kenntnis des Berufungsgrundes[7].

---

[6]) Die lex Atilia ist nicht zu verwechseln mit einigen gleichklingenden Gesetzen, nämlich:

a. Der lex Atinia über die Unersitzbarkeit der res furtivae (S. 96);

b. der lex Acilia de repetundis (S. 96);

c. der lex Aquilia (S. 96).

[7]) Das ABGB. zählt als Berufungsgründe in folgender Reihenfolge auf: a. das Testament des ehelichen Vaters, b. die Verwandt-

3. Unfähigkeit zur Vormundschaft (D. 26, 5, C. 5, 34).

α. Gewisse Personen sind zur Führung einer Vormundschaft absolut unfähig, d. h. sie gelten, selbst wenn sie durch Testament oder Gesetz berufen oder vom Richter ernannt sind, nicht als Vormünder, nämlich:

a. Frauen (tutela virile officium est, D. 26, 1, 16, pr.; vgl. ABGB. §§ 192, 198); nach justin. Rechte sind jedoch die Mutter sowie die Großmutter, solange sie sich nicht wieder verheiraten und sofern sie auf die beneficia muliebria (S. 250) verzichten, zur Führung der Vormundschaft über ihre Kinder und Enkel fähig (berechtigt, nicht verpflichtet, C. 5, 35, 3, Nov. 118, 5; ähnlich ABGB. §§ 198, 255);

b. Minderjährige, Geisteskranke, Taube, Stumme und interdizierte Verschwender (I. 1, 25, 13, D. 26, 1, 1, 2 u. 3; vgl. ABGB. § 191).[8])

c. Bischöfe und Mönche (Nov. 123, 4; vgl. ABGB. § 192) sowie Soldaten (C. 5, 24, 4; vgl. ABGB. § 195).

---

schaft (väterlicher Großvater, Mutter, väterliche Großmutter, der nächste männliche Verwandte), c. die gerichtliche Bestellung: testamentarische, gesetzliche und gerichtliche Vormundschaft (§§ 196—199). Aber die Vormundschaft fällt dem berufenen Vormunde in keinem Falle mehr von selbst zu, sondern ist in allen Fällen von Amts wegen durch das Vormundschaftsgericht anzuordnen (ABGB. § 200, so schon die Reichspolizeiverordnung von 1577, sog. confirmatio iuris Germanici). Nach ABGB. ist also jede Vormundschaft tutela dativa. Jeder Vormund wird durch Handschlag verpflichtet und erhält eine Urkunde hierüber. Einzig der Großvater, die Mutter und die Großmutter sind von der Angelobung befreit; doch wird ihnen dasjenige, was andere Vormünder angeloben, in ihr Vormundschaftsdekret eingeschaltet (§§ 205 und 206). — Müttern und Großmüttern, die die Vormundschaft führen, muß ein Mitvormund beigegeben werden (§§ 211 ff.).

[8]) So lange die tutela legitima als Recht des Berufenen aufgefaßt wurde (S. 898), wurden auch solche Personen Vormünder; es wurde nur für die auctoritatis interpositio ein tutor dativus ernannt (S. 248). Nach justin. Rechte gelten sie dagegen als unfähig „cum erat incivile eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur et sub aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire (I. 1, 25, 13, C. 5, 30, 5).

β. Gewisse Personen sind zur Führung einer Vormundschaft relativ unfähig, d. h. sie sollen nicht zu Vormündern bestellt (sog. necessaria excusatio) und falls dies schon geschehen, entlassen werden. Ihre Handlungen für den Mündel sind aber gültig, nicht, wie die der absolut unfähigen, nichtig.

Hierher gehören die durch die Eltern Ausgeschlossenen (D. 26, 10, 3, 12, C. 5, 47, 1), der Ehemann bezüglich der Ehefrau (C. 5, 34, 2), Gläubiger und Schuldner des Mündels (vgl. ABGB. § 193).[9])

4. Ablehnung der Vormundschaft.

Die Übernahme der Vormundschaft ist nach späterem rR. eine Bürgerpflicht (I. 1, 25, pr.: et tutelam et curam placuit publicus munus esse; ebenso ABGB. § 203), die nur beim Vorliegen bestimmter Gründe abgelehnt werden darf (voluntaria excusatio, I. 1, 25, D. 27, 1, C. 5, 62: De excusationibus, vgl. ABGB. § 195), zB. wenn der Berufene schon 3 Vormundschaften führt (I. 1. 25, 5), in Rom 3, in Italien 4, in der Provinz 5 eigene Kinder hat (I. 1, 25, pr.), über 70 Jahre (I. 1, 25, 13) oder Beamter oder Arzt ist (I. 1, 25, 15; ähnlich ABGB. § 195). Jeder vom Vormundschaftsgericht Berufene konnte nach früherem Rechte die Vormundschaft ablehnen, wenn er einen Näherstehenden bezeichnete (potioris nominatio, Paul. sent. rec. 2, 29). Dies schon durch eine oratio des Sept. Severus beschränkte Recht ist im justin. Recht beseitigt. Dagegen kann die testamentarische Vormundschaft auch beim Vorliegen eines Exkusationsgrundes nicht ablehnen, wer sich zur Übernahme dem Testator verpflichtet hat oder von ihm ein Legat annimmt (sog. pacticia tutela).

Die Exkusationsgründe müssen binnen bestimmter Fristen vorgebracht werden (mindestens 50 Tage, steigend mit der Entfernung des Wohnsitzes des Berufenen vom Sitze des Vormundschaftsgerichts, I. 1, 25, 16; nach ABGB. § 201 binnen 14 Tagen). Wegen grundloser Ablehnung einer

[9]) Für das österr. Recht vgl. ferner §§ 192 u. 194.

Vormundschaft macht sich der Vorschützende verantwortlich (D. 26, 7, 20: ABGB. § 203).

b. Führung der Vormundschaft.

1. Vertretungsbefugnis (I. 1, 21, D. 26, 8, C. 5, 59).

Wie S. 300 dargelegt, hat das rR. selbst in seiner höchsten Entwicklung keine unmittelbare Stellvertretung gekannt. Demgemäß konnte auch ein Vormund die im Interesse des Mündels vorzunehmenden Rechtsakte nicht im Namen des Mündels und mit unmittelbarer Rechtswirkung für ihn vornehmen. Vielmehr konnte er die für das Mündel bestimmten Rechtsgeschäfte nur entweder im eigenen Namen vornehmen und das Ergebnis dem Mündel zuwenden oder sie vom Mündel selbst vornehmen lassen und durch seine Zustimmung (auctoritatis interpositio, davon Autorisation) vollwirksam machen. In welchem Umfange hiernach eine Vertretung überhaupt zulässig ist und wie sie zu erfolgen hat, ist S. 239 ff. dargestellt[10]).

Die auctoritatis interpositio muß durch den Vormund persönlich und sofort beim Abschlusse des vom Mündel selbst vorzunehmenden[11]) Geschäfts erklärt werden (S. 241). Sind mehrere Vormünder (contutores) vorhanden und die Verwaltung ungeteilt (tutela indivisa), so müssen nach älterem Recht alle Mitvormünder gemeinschaftlich handeln; nach justin. R. genügt die auctoritatis interpositio eines der

---

[10]) Will der Tutor mit dem Mündel ein Geschäft abschließen, so wird, da „in rem suam auctor tutor fieri non potest" (D. 26, 8, 1, pr., S. 305[6]) ein besonderer curator (ehemals ein tutor ad hoc, S. 900) bestellt. Ebenso ABGB. § 271.

[11]) Heute ist der Vormund (und der Kurator) „gesetzlicher Vertreter" des Mündels. Die Handlung des Vormunds kommt juristisch als die des Mündels in Betracht (unmittelbare Stellvertretung); der Vormund kann aber auch den impubes infantia maior unter seiner Genehmhaltung selbst handeln lassen. Der Genehmigung des Vormundes bedarf es aber nur bei Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäften; erwerben kann der impubes infantia maior selbständig. Mündige Minderjährige können sich in gewissen Fällen auch ohne Einwilligung des Vormundes verbinden (§§ 246—248).

Mitvormünder, es sei denn, daß ein die Vormundschaft beendendes Geschäft (zB. Arrogation des Mündels) in Frage steht. Ist die Verwaltung dagegen nach Bezirken (tutor rei Africanae, Syriaticae) oder Vermögenszweigen (per regiones aut per partes) geteilt oder einem übertragen (tutor gerens), während die übrigen nur Anfechtungsrechte haben (tutores honorarii), so ist iure civili zwar jeder Vormund, nach prätorischem Recht aber nur der zur Führung des betreffenden Geschäfts Berufene „tutor gerens" zur auctoritatis interpositio berechtigt (C. 5, 40 u. 52).

2. Sorge für die Person des Mündels (D. 27, 2, C. 5, 50).

Die Sorge für die Person und die Erziehung des Mündels erfolgt unter Aufsicht des Vormundschaftsrichters (D. 27, 2, 1) durch die Mutter (C. 5, 49, 1) und die Verwandten des Mündels; der Vormund hat nur die Erziehung zu beaufsichtigen und aus dem Mündelvermögen die Kosten der Verpflegung und angemessenen Erziehung zu gewähren (D. 26, 7, 12, 3; 27, 2, 2 u. 3; vgl. ABGB. §§ 216, 218, 219—221).

3. Vermögensverwaltung (gestio; D. 26, 7, C. 5, 37; ABGB. §§ 222—244 und Pat. §§ 193—202).

Dem Vormunde liegt die Sorge für das Vermögen des Kindes ob. Anfänglich stand diese gestio völlig im freien Ermessen des Vormundes; er handelte vice domini (S. 898) und war nur für Untreue, also wegen Delikts, auf das Doppelte des Veruntreuten haftbar (actio rationibus distrahendis, D. 27, 3); später wurde er aber durch gesetzliche Vorschriften beschränkt und einer vormundschaftsrichterlichen Aufsicht unterworfen.

*a.* Das durch die Verwaltungsführung begründete Rechtsverhältnis zwischen Vormund und Mündel wird als Quasikontrakt aufgefaßt (S. 395[8]). Der Vormund haftet für dolus und culpa in concreto (D. 27, 3, 1, pr.). Verletzt er die ihm obliegenden Pflichten, so hat der Mündel gegen ihn nach beendeter Vormundschaft (D. 27, 3, 4) die (infamierende S. 188) actio tutelae directa, mit welcher

gegebenenfalls die actio rationibus distrahendis elektiv (S. 505[4], D. 27, 3, 1, 21) konkurriert; anderseits hat der Vormund, da die actio tutelae ein bonae fidei iudicium ist (S. 356[14]), wegen seiner Auslagen gegen den Mündel die actio tutelae contraria[12]). Der Mündel hat wegen seiner Ansprüche aus der Verwaltung ein gesetzliches generelles Pfandrecht am Gesamtvermögen des Vormunds (S. 808) und ein Vorzugsrecht in seinem Konkurse (D. 26, 7, 44, 1) und kann die aus seinem Vermögen angeschafften Vermögensstücke mit der utilis rei vindicatio (S. 746[5]) und sonstigen utiles actiones unmittelbar in Anspruch nehmen, auch wenn die Anschaffung auf den Namen des Vormunds erfolgt war (D. 26, 9, 2, C. 5, 51, 5).[13]) Hat ein Mündel mehrere geschäftsführende Vormünder, so haften sie grundsätzlich solidarisch. Ist die Verwaltung einem zugeteilt (tutor gerens), während die übrigen nur die Aufsicht haben (tutores honorarii, S. 904),[14]) so haften die letzteren nur wegen versäumter Aufsicht und subsidiär (D. 26, 7, 3, 2). Neben dem Vormunde haften

---

[12]) D. 27, 3: De tutelae et rationibus distrahendis; C. 5, 51: Arbitrium tutelae; D. 27, 4: De contraria tutelae et utili actione; C. 5, 58: De contrario iudicio.

Die actio tutelae directa geht auf Rechnungslegung (D. 27, 3, 1, 3; ABGB. § 262), Herausgabe des Vermögens des Mündels (D. 27, 3, 5; ABGB. § 263) und Ersatz des Schadens, für den der Vormund haftet (C. 5, 51, 2; ABGB. §§ 228, 264).

Die actio tutelae contraria des Vormunds gegen den Mündel geht auf Erstattung der angemessenerweise gemachten Aufwendungen nebst Zinsen (D. 27, 4, 1, 3; 27, 4, 3), auf Befreiung von Verbindlichkeiten, die er für den Mündel übernommen hat (D. 27, 4, 6), unter Umständen auf Erstattung einer Vergütung (solacium) für die Mühewaltung (D. 26, 7, 33, 3; ABGB. §§ 266, 267).

[13]) Nach ABGB. haften Vormund, Mitvormund und Kurator für jedes Verschulden (§ 228). Das gesetzliche Pfandrecht des Mündels ist fortgefallen.

[14]) Neben dem tutor gerens und honorarius kommt ein tutor notitiae causa datus vor, der den tutor gerens über die Vermögensverhältnisse informieren soll, meist ein Freigelassener (D. 26, 7, 3, 1 und 2; 46, 3, 14, 6). — Über die Haftung mehrerer Vormünder nach ABGB. vgl. § 210.

(D. 27, 7, C. 5, 57) ferner — abgesehen von etwaigen Bürgen — diejenigen, welche:

a. in Erfüllung ihrer Postulationspflicht (S. 900) die Bestellung des Vormunds erbeten hatten (postulatores, D. 27, 7, 2);

b. den Vormund als geeignet empfohlen hatten (affirmatores, D. 27, 7, 4, 3);

c. ihn als näherstehenden, um sich zu exkusieren, bezeichnet hatten (nominatores, D. 27, 7, 2).

Es haften auch die Erben des Vormunds, wenn gegen den Erblasser die Klage bereits rechtshängig geworden war, aber nur für culpa lata (C. 5, 54, 1), und subsidiär — nach einem edictum de magistratibus conveniendis — die Munizipalmagistrate (magistratus minores, S. 67) wegen Verschuldens bei Bestellung der Vormünder (D. 27, 8, C. 5, 75; vgl. ABGB. §§ 202 u. 265).

β. Bei Antritt seines Amtes hat der Vormund vor einem öffentlichen Beamten ein Inventar des Mündelvermögens zu errichten (D. 26, 7, 7, C. 5, 37, 24, vgl. ABGB. § 223), für die Rückgewähr Bürgen zu bestellen (satisdatio rem pupilli salvam fore, I. 1, 24, 3, D. 26, 4, 5, 1) und die Erfüllung seiner Pflichten eidlich zu versprechen (C. 5, 70, 7, 4 ff., Nov. 72, 2 u. 8). Von der satisdatio ist aber der durch Testament berufene und der vom Vormundschaftsgericht ex inquisitione (S. 899) bestellte Vormund befreit (G. 1, 200).

γ. Durch eine Oratio Sept. Severi (195 n. Chr.) wird die bis dahin unbeschränkte Befugnis des Vormunds, über das Mündelvermögen zu verfügen, hinsichtlich der praedia rustica und suburbana (S. 218) insofern eingeschränkt, als zu deren Veräußerung (und Belastung, D. 27, 9, 3, 5; 27, 9, 10 u. 11) die Genehmigung des Vormundschaftsrichters vorgeschrieben wurde [15]). Konstantin

---

[15]) D. 27, 9, 1, 2: „Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus

ordnete diese Genehmigung für alle nicht zur laufenden Verwaltung gehörenden Veräußerungen und für die Einziehungen von Forderungen an (C. 5, 37, 22, ferner 25 u. 27).

Das Vermögen des Mündels soll in fruchttragenden Grundstücken — Häuser galten (entgegen dem heutigen Recht, Pat. § 194 Z. 1) bei dem Mangel einer Feuerversicherung nicht als „mündelsichere" Kapitalsanlage — oder in sicheren zinstragenden Forderungen angelegt werden[16]). Verwendet der Vormund Mündelgeld für sich, so hat er es zu verzinsen (D. 26, 7, 7, 10), nach justin. Rechte mit 6 % (S. 407). Zu Geschenken aus dem Mündelvermögen ist der Vormund nicht befugt (D. 26, 7, 22), außer zu Anstandsgeschenken (D. 26, 7, 12, 3), auch darf er — wegen der Unzulässigkeit des Kontrahierens mit sich selbst, S. 305[6] — nicht an sich selbst veräußern (D. 27, 8, 5, 2; S. 903[11]).[17])

---

ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori. si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exsequetur, nihil novandum censeo".

Die ungenehmigte Veräußerung ist nichtig; der Mündel kann das veräußerte Grundstück also vindizieren, muß aber das in seinen Nutzen verwendete Kaufgeld zurückzahlen (C. 5, 71, 16). Die Veräußerung konvalesziert, wenn der volljährig gewordene Mündel sie genehmigt oder 5 Jahre lang nicht anficht (C. 5, 74, 3).

[16]) Verzögert der Vormund die Anlegung mehr als 6 Monate seit Übernahme der Vormundschaft oder 2 Monate seit dem Eingehen neuer Gelder (sog. laxamentum temporis), so ist er zur Verzinsung persönlich verpflichtet D. 26, 7, 11 und 26, 7, 15; vgl. jedoch C. 5, 56, 3).

Justinian bestimmte zur Entlastung der Vormünder (und wohl auch wegen der Unsicherheit des Kreditwesens, S. 795[1]) in Nov. 72, 6: nullam necessitatem ex legibus esse curatoribus minorum pecunias fenerare, sed caute reponere atque servare, quoniam melius est in antiquis eis tutamen manere quam usurarum appetitione etiam antiqua pecunia carere.

[17]) Auch nach ABGB. sind die wichtigeren Geschäfte an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 233 ff.) gebunden. Über

δ. Wird jemand ohne tutor zu sein wie ein solcher tätig (protutor), was in Rom bei dem Mangel einer förmlichen Übertragung der Vormundschaft in den Fällen der testamentarischen und gesetzlichen Berufung leicht eintreten konnte, so wird er gleich einem wirklichen Vormund verpflichtet (actio protutelae, D. 27, 5, D. 5, 45, 1). Wer sich mit einem solchen falsus tutor gutgläubig in ein Geschäft einläßt (besonders wer mit ihm eine Litiskontestation vornimmt, wodurch er nach vorjustinianischem Rechte, S. 371, seine Klage verbrauchte, D. 27, 6, 5), hat Anspruch auf in integrum restitutio propter errorem (S. 389, D. 27, 6, 1). Weiß der sich als Vormund Aufspielende, daß er nicht Vormund ist, so haftet er mit einer besonderen Schadensersatzklage (D. 27, 6, 7, pr.).

c. Beendigung der Vormundschaft (I. 1, 22, C. 5, 60).

1. Beendigungsgründe.

Die tutela impuberum endet (vgl. ABGB. §§ 249 ff.):

α. in der Person des Mündels: durch seinen Tod (ABGB. § 249), jede Art von capitis diminutio, den Eintritt der Pubertät (Anbruch — S. 319 — des letzten Tages des 14., bei Mädchen des 12. Lebensjahrs, S. 239);[18])

β. in der Person des Vormunds: durch dessen Tod, dem capitis diminutio maxima und media (bei tutela legitima auch minima, I. 1, 22, 4), gleichsteht, durch Absetzung (tutoris suspecti remotio) oder Abdankung (abdicatio tutelae) des Vormunds. Die Absetzung (I. 1, 26, D. 26, 10, C. 5, 43) erfolgt bei erwiesener Pflichtwidrigkeit (crimen suspecti) durch die Vormundschaftsbehörde von Amts wegen oder auf Anklage (accusatio

---

die Anlegung des Mündelvermögens vgl. §§ 229 ff., über die vom Vormunde dem Vormundschaftsgericht alljährlich zu legende Rechnung §§ 238 ff.

[18]) Nach ABGB. §§ 251 und 252 erst mit der Volljährigkeit bezw. Volljährigkeitserklärung.

suspecti) irgend einer Person (I. 1, 26, 3; vgl. ABGB. § 254). Zur Abdankung ist der Vormund beim Eintreten gewisser die Fortführung des Amtes erschwerender Umstände befugt, zB. bei Seereisen im Staatsinteresse (D. 4, 4, 11, 2), eintretender Armut oder Krankheit (D. 27, 1, 40). Vgl. ABGB. §§ 257 f.[19]).

2. Folgen der Beendigung.

Nach Beendigung der Vormundschaft hat der Vormund (oder sein Erbe) das Mündelgut dem neuen Vormund oder dem geschlechtsreif gewordenen Mündel selbst (unter Zuziehung eines Kurators, S. 242) auszuantworten und über seine Verwaltung Rechnung zu legen (D. 27, 3, 1, 3, C. 5, 51, 9; vgl. ABGB. §§ 262 u. 263). Die laufenden Geschäfte hat er noch zu beenden (D. 26, 7, 33, 1). Aus den vom Vormund für den Mündel eingegangenen Obligationen stehen — entgegen der Auffassung der obligatio als eines iuris vinculum — die Klagen, auch ohne förmliche Übertragung, als utiles actiones nach Beendigung der Vormundschaft für und gegen den Mündel zu (C. 5, 37, 26, 3, C. 5, 39, 2); ebenso wird die actio iudicati aus dem vom Vormund als solchem geführten Prozeß nach Beendigung der Vormundschaft für und gegen den Mündel gegeben (D. 26, 7, 2, pr., 26, 9, 5, pr.).

## § 155. Cura.

a. Berufung[1]).

Für die cura, deren Anwendungsfälle bereits S. 897 aufgezählt und S. 242 ff. besprochen sind, gibt es nur einen Berufungsgrund: die Ernennung durch den Vormundschaftsrichter; m. a. W. jede cura ist cura dativa, wenn der Prätor bei der Ernennung des Kurators auch etwaige testamentarische Wünsche sowie die Verwandtschaft berücksichtigen wird (I. 1, 23, 1).

[19]) Über die Entlastung eines Vormundes auf Ansuchen dritter Personen nach österr. Rechte, vgl. ABGB. §§ 259 und 260.

[1]) D. 1, 23: De curatoribus; vgl. D. 26, 5; 27, 10; 42, 7, C. 5, 70.

b. Führung der cura.

1. Die Vertretungsbefugnis des Kurators unterscheidet sich von der des Tutors dadurch, daß die erforderliche Genehmigung zu den Handlungen des Mündels vom tutor durch die formelle auctoritatis interpositio (S. 241), vom curator durch den formlosen, auch schriftlich, vor oder nach der Erklärung des Mündels zulässigen consensus erteilt werden kann.

2. Während es Tutoren ohne Vermögensverwaltung geben kann, zB. die tutores honorarii (S. 904), hat jeder curator eine gestio. Die hieraus sich ergebenden wechselseitigen Ansprüche werden mit der actio negotiorum gestorum (directa und contraria) geltend gemacht (D. 3, 5, 3, 5), was auch während, nicht, wie bei der actio tutelae (S. 904), erst nach Beendigung der Verwaltung geschehen kann (D. 27, 3, 4, 3).

Bei der cura minoris und furiosi hat der Mündel das gleiche Generalpfandrecht am Vermögen des Kurators, wie der impubes am Vermögen des Tutors, nicht aber bei der cura prodigi und debilium personarum.

c. Beendigung.

Die cura endet bei der cura minorum mit Erreichung des 25. Lebensjahrs durch den Mündel oder Erlangung der venia aetatis (S. 244), bei der cura furiosi mit der Genesung (C. 5, 70, 6), bei der cura prodigi mit der Rückkehr von sani mores, was durch Aufhebung der cura festzustellen ist (D, 27, 10, 1, pr.), bei der cura bonorum mit Erledigung des Zwecks[2]).

[2]) Für das österr. Recht vgl. §§ 269 ff. Die cura minorum und die tutela impuberum sind zusammen geworfen: der elterlichen Gewalt nicht unterworfene Minderjährige jeder Altersstufe stehen bis zur Volljährigkeit (24. Lebensjahr) oder Volljährigkeitserklärung (S. 244) unter Vormundschaft (vgl. oben S. 243[3]). Nur insoferne kann man auch nach ABGB. von einer cura minorum reden, als zur Besorgung von Geschäften zwischen Eltern und ihren minderjährigen Kindern oder zwischen Vormündern und ihren Mündeln für die Minderjährigen ein Kurator bestellt werden muß (ABGB. § 271). Ebenso muß bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Mündeln des nämlichen Vormundes für jeden der Minderjährigen ein Kurator bestellt werden (ABGB. § 272).

# Fünftes Buch. Erbrecht.

## Erster Abschnitt. Erbfolge.

### § 156. Erbfolge. Allgemeines.

a. Grundbegriffe des Erbrechts.

1. Erbrecht im objektiven Sinn ist die Gesamtheit der Rechtssätze, die den durch den Tod einer natürlichen Person bewirkten Übergang ihrer Rechtsstellung auf eine andere (natürliche oder juristische) Person regeln. Erbrecht im subjektiven Sinn ist die durch das objektive Recht gewährte Befugnis auf Einrücken in die Rechtsstellung eines Verstorbenen.

2. Der den Rechtsübergang hervorrufende Todesfall heißt Erbfall, der Verstorbene Erblasser, der Nachfolger Erbe (heres = herus, i. e. dominus, I. 2, 19, 7), die Rechtsnachfolge Erbfolge (ABGB. §§ 531, 532). Das Vermögen des Erblassers (bona defuncti, familia) wird Nachlaß genannt, soweit es sich um die objektive Rechtslage des Vermögens oder um Beziehungen des Erblassers oder dritter (daher „Nachlaßgläubiger") zu diesem Vermögen handelt, dagegen Erbschaft, wenn die Beziehungen des Erben zu diesem Vermögen in Frage stehen („daher: „Erwerb, Annahme, Ausschlagung der Erbschaft").

3. Die Erbfolge kann beruhen (sog. Berufungs- oder Delationsgründe): auf Gesetz (gesetzliche Erbfolge,

Intestaterbrecht, unten § 157) oder auf Verfügung von Todes wegen (gewillkürte Erbfolge, Testament, Kodizill, Erbvertrag, unten § 158). Zu einer Erbschaft können mehrere Erben (Miterben, coheredes) berufen sein. Jeder Erbe, auch der Miterbe zu dem ihm gebührenden Anteil (Erbteil), ist Universalsukzessor des Erblassers. Durch Verfügung von Todes wegen kann aber auch eine erbrechtliche Singularsukzession herbeigeführt werden (Vermächtnis, legatum, unten §§ 158 e, 165).

Der durch Verfügung von Todes wegen berufene Erbe (oder Miterbe oder Vermächtnisnehmer) kann entweder von vornherein berufen sein oder erst an zweiter Stelle und zwar entweder als Ersatzerbe (Vulgarsubstitution, unten § 164 e 2), d. h. nur für den Fall, daß der an erster Stelle Eingesetzte das ihm Zugewendete nicht erwirbt, oder — wenigstens nach modernem Recht — als Nacherbe (fideikommissarische Substitution, unten §§ 164[21], 166), d. h. in der Weise, daß er das ihm Zugewendete nicht sogleich mit dem Erbfall, sondern erst von einem an erster Stelle Berufenen erwirbt.

b. Voraussetzungen der Erbfolge.

Jede Erbfolge setzt voraus: Tod einer Person (viventis nulla hereditas (ABGB. §§ 536 ff.), Berufung einer anderen Person, Erbfähigkeit des Berufenen. In Frage kommt nach rR. endlich auch die Erwerbsfähigkeit des Berufenen.

1. Tod.

*a.* Nach rR. können vermögensunfähige Personen keine Erben hinterlassen. Dies sind die Sklaven (Servus successores habere non potest, C. 6, 59, 4) sowie die Deportierten (D. 48, 20, 7, 5, S. 176), nach älterem rR. auch die Hauskinder (D. 46, 1, 11, vgl. S. 883).[1])

[1]) Nach kanon. Rechte können Mönche und Nonnen (wegen des votum paupertatis) keine Erben hinterlassen (X. 3, 26, 2). Dies gilt auch für das österr. Recht für Ordenspersonen, welche das feierliche Gelübde der Armut abgelegt haben.

β. Nur wer schon gelebt hat, kann beerbt werden; der Satz „nasciturus pro iam nato habetur" gilt für die Fähigkeit, zu erben, aber nicht für die Fähigkeit, beerbt zu werden (S. 163[2]).

γ. Kommorienten, d. h. in gleicher Gefahr umgekommene Personen, gelten grundsätzlich als gleichzeitig verstorben; es beerbt also keine die andere. Über eine Ausnahme für den Fall gleichzeitigen Umkommens von Eltern und Kindern vgl. S. 165 (vgl. ABGB. § 25).

2. Berufung zur Erbfolge.

α. Wie S. 911 erwähnt, beruht die Berufung zur Erbfolge teils unmittelbar auf dem Gesetz, teils auf dem Willen des Erblassers. Regelmäßig tritt die gesetzliche Erbfolge nur ergänzend ein, sofern der Erblasser keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen hat. Gewisse Personen haben aber einen grundsätzlich unentziehbaren Anspruch auf Erbeinsetzung (sog. formelles Noterbrecht) oder einen Teil der Erbschaft (sog. materielles Noterbrecht oder Pflichtteilsrecht, unten § 169). Die Römer drücken dies so aus: an erster Stelle käme der letztgedachte Berufungsgrund, die Erbfolge contra tabulas (sc. testamenti), an zweiter Stelle die gewillkürte Berufung, die Erbfolge secundum tabulas, an letzter Stelle die Berufung unmittelbar durch das Gesetz, die Erbfolge ab intestato, in Betracht. Nach rR. (anders ABGB. § 534) kann in einen Nachlaß nicht teils gesetzliche, teils Intestaterbfolge eröffnet werden: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (unten § 158 d).[2])

[2]) Liegt ein rechtsgültiges Testament vor, so tritt nach rR. Intestaterbfolge ein, wenn aus dem Testamente niemand erbt. Ist aber zB. A auf $^1/_{12}$ eingesetzt, hinsichtlich der übrigen $^{11}/_{12}$ nicht verfügt, so treten nicht etwa insoweit die Intestaterben ein (wie nach ABGB. § 534), sondern A wird Universalerbe. Vgl. D. 29, 2, 39: Quam diu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. Eine Ausnahme besteht — abgesehen von Militärtestamenten, die vielfach Privilegien genießen (D. 29, 1, 6, siehe unten) — für das Noterbrecht, das unter Umständen die testamentarische Erbfolge nicht völlig beseitigt, sondern nur beschränkt (D. 5, 2, 15, 2; unten § 169).

β. Die Erbfolge beruhte im ältesten rR. ausschließlich auf ius civile, insbesondere auf den 12 Tafeln und ihrer Fortbildung. Neben diese civilrechtliche Erbfolge (hereditas) trat später eine prätorische Erbfolge (bonorum possessio), indem der Prätor gewissen Personen den Erbschaftsbesitz zuwies, sei es, daß er letztwillige Verfügungen anerkannte, die — als den strengen Erfordernissen des ius civile nicht entsprechend — eine hereditas nach ius civile nicht herbeizuführen vermochten (bonorum possessio secundum tabulas), sei es, daß er gewissen Verwandten des Erblassers, die das ius civile als Intestaterben nicht anerkannte, den Erbschaftsbesitz gewährte (b. p. intestati) und zwar unter Umständen auch trotz einer entgegenstehenden letztwilligen Verfügung (b. p. contra tabulas). Vgl. unten §§ 157 a 2, 159 a 2.

γ. Als Verfügungen von Todes wegen kommen nach rR. nur Testament und Kodizill (unten § 158 b) in Betracht, nach modernem Recht aber auch der Erbvertrag (unten § 168).

### 3. Erbfähigkeit.

Erbfähig, d. h. fähig eine andere Person zu beerben, ist nur, wer rechtsfähig ist und zwar mindestens[3]) im Augenblicke der Berufung zur Erbfolge.

Erbunfähig sind hiernach:

α. die Sklaven des Erblassers, es sei denn, daß sie in dem sie zu Erben einsetzenden Testamente gleichzeitig freigelassen werden (S. 170: Stichus servus meus liber heresque esto), und Nichtrömer; fremde Sklaven können in einem Testamente mit der Wirkung eingesetzt werden, daß sie das ihnen Zugewendete iussu domini für diesen erwerben (G. 2, 185ff.);

β. die zu einer Kapitalstrafe Verurteilten (capite dam-

[3]) Über die besonderen Voraussetzungen der Testamentserbfolge (Lehre von den drei Momenten) vgl. unten § 164 a 2. Nach österr. Rechte sind absolut erbunfähig: Ordenspersonen, welche das feierliche Gelübde der Armut abgelegt haben, und Fremde im Falle der Retorsion (ABGB. §§ 538, 539).

nati), die Ketzer und Apostaten, die Kinder von Hochverrätern die das Trauerjahr verletzende Witwe (S. 872);

γ. die zur Zeit des Erbfalls noch nicht Geborenen oder — unter Anwendung des Grundsatzes nasciturus pro iam nato habetur — mindestens schon Erzeugten (D. 38, 16, 6 ff., für das österr. Recht vgl. ABGB. § 22; ferner unten § 164 a);

δ. die zur Zeit der Berufung zur Erbschaft bereits Verstorbenen (D. 28, 5, 60, 6, anders nach ABGB., wonach es auch für diesen Fall — vgl. unten § 157[11] — auf den Augenblick des Erbfalls ankommt, vgl. ABGB. § 545).

Über die Erbfähigkeit der juristischen Personen vgl. S. 196[6], 200[10].

4. Erwerbsfähigkeit.

Gewissen an sich erbfähigen Personen spricht das Recht die Fähigkeit ab, aus einem bestimmten Nachlasse etwas zu erwerben[4]). Fälle solcher Erwerbsunfähigkeit (incapacitas) sind nach rR.:

α. Nach der lex Iulia et Papia Poppaea (lex Iulia caducaria, S. 97[5]) sind eheloſe Männer von 20—60 Jahren und unverheiratete Frauen von 18—50 Jahren (caelibes) für den ganzen, Kinderloſe (orbi) für den halben Betrag des ihnen testamentarisch Zugewendeten incapaces. Kinderloſe Ehegatten können voneinander nicht mehr als $^1/_{10}$ ihres Vermögens und $^1/_3$ des Nießbrauchs am Überrest erben. Das von incapaces nicht Erworbene fällt als caducum mit den darauf gelegten Vermächtnissen (cum onere) in erster Linie dem Substituten, mangels eines solchen den in dem Testamente zu Erben ernannten mit Kindern gesegneten

[4]) Mit der Erbunfähigkeit (Unfähigkeit Erbe zu sein) und der Erwerbsunfähigkeit (incapacitas, Unfähigkeit gewisse Teile einer bestimmten Erbschaft zu erwerben) nicht zu verwechseln ist die Erbunwürdigkeit (indignitas, Unfähigkeit bestimmte ererbte Güter zu behalten). Durch die Erbunfähigkeit wird die Berufung zur Erbschaft (Delation, S. 911), durch die Inkapazität der Erwerb der Erbschaft (Akquisition, S. 917) gehindert; die Indignität hindert weder Delation noch Akquisition, sondern nur das Behalten der Erbschaft Vgl. hierüber unten § 170.

Familienvätern (patres qui in eo testamento liberos habent), mangels solcher dem Fiskus zu (G. 2, 111 und 286, Ulp. fragm. 17 und 18, unten § 164[19]).

β. Die Latini Iuniani (S. 179[10]) können nur erben, wenn sie binnen 100 Tagen seit dem Erbfalle das Bürgerrecht erwerben.

γ. Diese beiden Fälle von Kaduzität sind im justin. Rechte verschwunden (C. 6, 51), dagegen hat Domitian die feminae probrosae (Dirnen und Schauspielerinnen) für incapaces erklärt und Justinian hat selbst noch mehrere Fälle von Erwerbsunfähigkeit geschaffen:

a. Wer eine Witwe während des Trauerjahres heiratet, kann von ihr nur $^1/_3$ ihres Vermögens erben (Nov. 22, 22, pr.).

b. Der zweite Ehegatte kann von seinem Ehegatten nicht mehr erben, als das schlechtestbedachte Kind der früheren Ehe (S. 871).

c. Wer eheliche Nachkommen hinterläßt, kann seiner Konkubine höchstens $^1/_{24}$, ihr und seinen liberi naturales zusammen höchstens $^1/_{12}$ seines Vermögens hinterlassen (Nov. 89, 12).

Die Erwerbsunfähigkeit kommt — im Gegensatze zur Erbunfähigkeit (S. 915) — nur in Betracht, wenn sie im Augenblicke des Erwerbs vorhanden ist (D. 29, 2, 82).

c. Eintritt der Erbfolge.

Nach deutschrechtlichen Grundsätzen („der Tote erbt — d. h. macht zum Erben — den Lebendigen", „le mort saisit le vif"), gilt der sog. Ipso iure-Erwerb der Erbschaft: mit dem Tode des Erblassers geht die Erbschaft von selbst, d. h. ohne daß es einer Übernahmeerklärung bedarf, auf den berufenen Erben über (vgl. DBGB. §§ 1922, 1942).[5]) Das rR. dagegen unterschied (unten § 159 a):

1. Hausangehörige Erben (domestici heredes), nämlich Hauskinder (sui heredes) sowie im Testamente freigelassene und gleichzeitig zu Erben eingesetzte Sklaven

[5]) Das österr. Recht unterscheidet, wie das rR., Erbanfall und Annahme der Erbschaft. Der Anfall tritt in der Regel mit dem Tode

(necessarii heredes) erwarben die Erbschaft nach Civilrecht (hereditas, S. 914) unmittelbar kraft Gesetzes. Erst später gewährte man ihnen Schutz gegen die hierin unter Umständen — bei Überschuldung der Erbschaft — liegende Härte. Die sui erhielten das ius abstinendi, kraft dessen sie sich die Stellung von Nicht-Erben verschaffen konnten. Die necessarii wurden dieses Rechts nicht teilhaftig, sie konnten sich also der Erbschaft auf keinen Fall entschlagen; jedoch bot ihnen das beneficium separationis ein Mittel, ihr Vermögen vor dem Zugriffe der Erbschaftsgläubiger zu sichern.

Alle anderen Erben (extranei s. voluntarii heredes) erwarben die hereditas erst durch eine Antrittserklärung (aditio). Für diese Personen trat also mit dem Tode des Erblassers nicht schon der Erwerb der Erbschaft (acquisitio), sondern nur eine Erwerbsmöglichkeit (delatio) ein. Zwischen der delatio und der durch die aditio bewirkten acquisitio bestand somit ein Schwebezustand, während dessen das spätere Schicksal des Nachlasses ungewiß war (hereditas iacens, unten § 159 c). Da ferner der Erbe erst durch die aditio die Erbschaft erwarb, so übertrug er, wenn er vor Abgabe der Antrittserklärung starb, die durch die delatio geschaffene bloße Erwerbsmöglichkeit nicht auf seine Erben. Erst im späteren Rechte wurde dieser Grundsatz verlassen (sog. Transmissionsfälle, unten § 159 b).

2. Die vorstehende Unterscheidung bezieht sich nur auf den Erwerb der Erbschaft nach Civilrecht. Der durch den Prätor zu vermittelnde Erwerb des Erbschaftsbesitzes (bonorum possessio, S. 914) dagegen bedurfte in allen Fällen,

---

des Erblassers ein (§ 545; Ausnahme § 703). Die Annahme muß durch gerichtliche Erbserklärung erfolgen (§§ 799, 800 und 547). Die rechtliche Besitznehmung der Erbschaft erfolgt erst nach Verhandlung des Erbrechts vor Gericht, durch gerichtliche Einantwortung des Nachlasses (ABGB. §§ 797 u. 819, Pat. §§ 174 ff.). Anderseits wird jedoch die Erbfähigkeit nur im Momente des Erbanfalls gefordert, ebenso wie es für die Transmission der Erbschaft genügt, daß der Erbe den Erbanfall erlebt hat (§ 537).

auch seitens eines domesticus heres, eines Gesuchs beim Magistrat (agnitio, vgl. unten § 159 a 2).

d. Art und Umfang der Erbfolge.

1. Das rR. hat den Grundsatz, daß durch die Erbfolge eine successio in universum ius quod defunctus habuerit (D. 50, 17, 62) vermittelt werde (S. 912, vgl. Nov. 48, praef.: una quodammodo persona heredis et illius qui hereditatem in eum transmittit) folgerichtig durchgeführt. Auch wenn mehrere Erben vorhanden sind[6]), gilt jeder als auf die ganze Erbschaft berufen, so daß beim Fortfall eines derselben dessen Erbrecht von selbst und notwendigerweise den übrigen zuwächst („Akkreszenz").[7]) Auf dem Grundsatze der Universalsukzession beruht auch der Satz, daß für den gesamten Nachlaß nur ein Berufungsgrund in Frage kommen kann (nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, § 160 d). Dem Prinzip der notwendigen Universalsukzession entspricht es endlich, daß der Erbe, da er völlig in die vermögensrechtliche Stellung des Erblassers einrückt, einerseits dessen Vermögensstücke ohne weiteres erwirbt, anderseits aber auch die Schulden des

---

[6]) Die Römer bezeichnen den Alleinerben („Universalerben") als heres ex asse und verwenden zur Bezeichnung der Erbteile mehrerer Miterben die Zwölftel des as (uncia, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, S. 55[1]).

[7]) Vgl. D. 32, 80: Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. In der späteren Entwicklung werden freilich Erbrechte anerkannt, die sich auf einen bestimmten Bruchteil der Erbschaft beschränken, und für Militärpersonen galt der Grundsatz der Universalsukzession (von vornherein) nur mit besonderen Beschränkungen. Dagegen hat das rR. niemals besondere Erbberechtigungen in bestimmte zum Nachlasse gehörende Vermögensmassen anerkannt, wohl aber das deutsche Recht, das für fahrende Habe, Lehngüter, allodiale Güter, Heergeräte, Gerade, besondere Erbfolgeordnungen aufstellte (sog. spezielle Universalsukzession oder Spezialsukzession; vgl. jedoch über die Erbfolge in das Dotalgut S. 859 ff., in die verschiedenen Bestandteile des Vermögens der Hauskinder S. 882 ff.

Erblassers als eigene übernehmen muß und für diese „Nachlaßschulden" auch dann persönlich haftet, wenn die Erbschaft überschuldet ist (damnosa hereditas, D. 50, 16, 119), d. h. die Passiva die Aktiva übersteigen, ja sogar, wenn es an Aktiven überhaupt mangelt (D. 5, 3, 50, pr.: Hereditas, etiam sine ullo corpore, iuris intellectum habet). Erst Justinian gewährte dem Erben durch das „beneficium inventarii" einen Rechtsbehelf, durch den er seine Haftung über den Aktivnachlaß hinaus beseitigen konnte (unten § 162 a).[3])

Über die Unvererblichkeit gewisser Ansprüche und Schulden vgl. S. 374[8]. Unvererblich sind ferner gewisse Rechte insofern, als sie mit dem Tode des Berechtigten erlöschen (iura personalissima), z. B. der Nießbrauch (S. 778) und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (S. 783). Endlich beendet der Tod das Mandat (S. 576), die Gesellschaft (S. 595) und den Besitz (S. 657).

2. Die einmal erworbene Erbschaft verbleibt — abgesehen vom ius abstinendi (S. 917) und von der Entreißung bei Erbunwürdigkeit (S. 915[4]) — dauernd dem Erben (semel heres, semper heres, vgl. D. 28, 5, 89); über Abschwächungen dieses Grundsatzes durch Zulassung einer fideikommissarischen Substitution vgl. unten §§ 164[21], 166.

## § 157. Gesetzliche Erbfolge.

Die Entwicklung des römischen Intestaterbrechts weist ein Fortschreiten von der anfänglich allein berücksichtigten Agnation zu der schließlich allein noch maßgebenden Kognation

[3]) Nach ABGB. §§ 536, 537, 545 und 550 geht zwar auch „mit dem Tode einer Person (Erbfall) deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über"; aber zum Erbschaftserwerbe bedarf es der gerichtlichen Erbserklärung (§§ 799, 800 und 547). Die römischrechtliche Universalsukzession ist im österr. Rechte nicht so schroff durchgeführt. Insbesondere ist dem ABGB. der Grundsatz nemo pro parte usw. fremd, und die Akkreszenz (§§ 560—562) beruht auf dem vermuteten Willen des Erblassers, tritt daher dann nicht ein, wenn aus dem letzten Willen oder aus anderen Umständen eine andere Willensmeinung des Erblassers sich ergibt.

auf und damit eine steigende Berücksichtigung der weiblichen Linie bis zur völligen Gleichstellung der Weiber mit den Männern im justin. Recht.

a. Erbfolge der Verwandten.

1. Altes Civilrecht.

α. Das altrömische Civilrecht berief nacheinander drei Klassen von Agnaten gemäß dem Satze der 12 Tafeln: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto; si agnatus nec escit, gentiles familiam habento (Ulp. fragm. 26, 1).

a. Berufen sind also an erster Stelle die sui heredes, d. h. diejenigen Personen, die zur Zeit des Todes des Erblassers seine Hauskinder sind, einschließlich der postumi, die mit der Geburt in seine Gewalt fallen würden (G. 3, 1 ff.). Hierzu gehören die Nachkommen des Erblassers, soweit sie nicht durch Emanzipation (S. 886) oder Eingehung einer Manusehe (S. 844) und die hierdurch herbeigeführte capitis diminutio minima (S. 184) aus der angestammten Familie ausgeschieden sind, ferner aber auch diejenigen Personen, die durch Rechtsakte sui des Erblassers geworden sind, also die Ehefrau, sofern eine Manusehe vorliegt (quia filiae loco est, S. 844), und die adoptierten Kinder (S. 893). Die suae stehen in dieser Klasse den sui gleich. An die Stelle eines verstorbenen oder aus der Familie ausgeschiedenen Kindes treten dessen in der Gewalt des pater familias verbliebene Nachkommen (sog. Repräsentationsrecht, S. 928[7]; vgl. Ulp. fragm. 26, 2: non ut in capita dividatur, sed in stirpes).

b. Hinterläßt der Erblasser keine sui, so erbt der dem Grade nach nächste Agnat (oder mehrere gleich nahe Agnaten), also ohne Repräsentation Verstorbener durch ihre Nachkommen (Ulp. fragm. 26, 4: Agnatorum hereditates dividuntur in capita). Eine Erbrechtsgrenze bestand nach Civilrecht nicht (vgl. dagegen unten S. 925). Die emanzipierten Kinder des Vaters sind nicht mehr seine Agnaten und daher auch in dieser Klasse zur Erbschaft nicht berufen, ferner auch nicht seine Ehefrau, sofern sie mit ihm nicht in

Manusehe gelebt hatte. Ebensowenig wird die nicht in manu gewesene Mutter von ihren Kindern beerbt und beerbt sie diese; denn Mutter und Kinder sind Agnaten nur, wenn die Mutter als uxor in manu „suae loco" steht (S. 844). Sonstige Frauen beerben — nach der Interpretation der lex Voconia, wodurch das Erbrecht der Frauen erheblich beschränkt wurde (unten § 164 a 1 α) — nur ihre agnatischen Geschwister (consanguinei, S. 181, Ulp. fragm. 26 7: feminae suos heredes non habent); beerbt aber werden sie von allen ihren männlichen Agnaten.

c. In Ermangelung von Agnaten fällt die Erbschaft an die gens (S. 45).

β. Ein eigentümlicher Satz des civilen Erbrechts war der Ausschluß jedes Nachrückens, wenn der an erster Stelle berufene Erbe die Erbschaft ausschlug (Ulp. fr. 26, 5: in legitimis hereditatibus successio non est). War ein suus vorhanden, dann kann, falls dieser ausschlug, nicht die nächste Erbklasse, also der agnatus proximus, zur Erbfolge (keine successio ordinum). Wurde ferner mangels eines suus ein Agnat berufen, so kamen beim Ausschlagen des an erster Stelle Berufenen, des agnatus proximus, nicht etwa die Agnaten der weiteren Grade zur Erbfolge (keine successio graduum). Vielmehr wurde der Nachlaß in beiden Fällen erblos, fiel also dem Okkupanten anheim (S. 714[6] und unten § 159 c).[1])

2. Prätorisches Recht.

α. Die civilrechtliche Erbfolge entsprach wegen der

[1]) Der Ausschluß der successio ordinum graduum ist vermutlich auf eine wörtliche Auslegung der 12 Tafeln zurück zu führen, wonach ein Agnat nur beim Nichtvorhandensein eines suus („cui suus heres nec escit") und ferner überhaupt nur der „agnatus proximus" berufen ist. Auf eine strikte Auslegung der 12 Tafeln ist übrigens auch der S. 918 besprochene Grundsatz „nemo pro parte" usw. zurück zu führen, indem man aus den Worten „Si intestato moritur" folgerte, daß die gesetzliche Erbfolge nur eintreten sollte, wenn jemand ohne irgend eine letztwillige Verfügung zu hinterlassen gestorben wäre, dergestalt, daß, wenn der Erblasser testiert hätte, aber nur über einen Teil, der ganze Nachlaß an die Testamentserben kommen müßte.

mangelnden Berücksichtigung der nächsten Blutsverwandten nicht dem fortschreitenden Rechtsbewußtsein. Bei der Abneigung der Römer, die durch die 12 Tafeln gegebene Grundlage des Civilrechts im Wege der Gesetzgebung zu ändern, konnte die Anpassung an die neueren Anschauungen nur durch den Prätor erfolgen. Dieser war nun aber zur Schaffung von Rechtssätzen nicht zuständig, sondern nur zur Gewährung von Rechtsschutzmitteln (praetor ius dicere potest, facere non potest, S. 107). Die Einführung neuer erbrechtlicher Grundsätze konnte also nicht unmittelbar[2]), sondern nur mittelbar, nämlich nur in der Weise erfolgen, daß der Prätor im Edikt erklärte, gewisse Personen, auch wenn sie nach Civilrecht nicht Erben (heredes) wären, als solche behandeln zu wollen, indem er versprach, ihnen den Erbschaftsbesitz (bonorum possessio) zu gewähren und sie darin gleich Erben zu schützen (S. 914).

Die bonorum possessio war teils im Edikt allgemein zugesichert, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt wären (so den unter γ aufgeführten Erbberechtigten); dann sprach man von b. p. edictalis. Teils behielt sich der Prätor die Entscheidung nach Lage des einzelnen Falls vor, b. p. decretalis, so bei der nur vorläufigen Einweisung, unten § 159 d.

Die vom Prätor geleistete Rechtshilfe durch Zuweisung des Erbschaftsbesitzes und Gewährung von Rechtsschutzmitteln zur Erlangung von Nachlaßgegenständen (interdictum quorum bonorum und hereditatis petitio possessoria, unten § 161, actiones ficticiae für die Nachlaßforderungen S. 347) konnte solchen Personen zuteil werden, die schon nach Civilrecht zu Erben berufen werden (bonorum possessio utilis); soweit die bonorum possessio in dieser Art, also

---

[2]) Vgl. I. 3, 9, 2 (= G. 3, 32): Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso iure non fiunt (nam praetor heredem facere non potest: per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatus consultum et constitutiones principales): sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur et vocantur bonorum possessores.

lediglich adiuvandi iuris civilis gratia, eintrat, stellten sich ihrer Anwendung sicherlich keine Schwierigkeiten entgegen. Das gleiche galt für die Fälle, in denen ein nach Civilrecht berufener Erbe nicht vorhanden war oder sich wenigstens nicht meldete und der Prätor, um das Herrenloswerden der Erbschaft zu verhindern, gewisse nahe Verwandte des Erblassers zur b. p. berief (b. p. necessaria); er handelte hier iuris civilis supplendi gratia. Tatsächlich aber blieben die Prätoren hierbei nicht stehen. Sie gaben den von ihnen als Erbberechtigte Anerkannten die b. p. nicht nur, wenn kein Civilerbe vorhanden war, sondern sie schützten den bonorum possessor unter gewissen Umständen auch gegen den heres (iuris civilis corrigendi gratia), indem sie jenem gegen die an sich (ipso iure) begründete hereditatis petitio (unten § 161 b) mittels einer exceptio doli generalis halfen und ihn so im dauernden Besitze des Nachlasses erhielten.

Soweit die b. p. auch gegen den heres geschützt war, hieß sie b. p. cum re (cum effectu), sonst b. p. sine re (sine effectu); G. 3, 35 ff.

Die Entwicklung des prätorischen Erbrechts ist im einzelnen streitig[3]). Jedenfalls finden sich, wie auf anderen Rechtsgebieten (S. 153), so auch im Erbrecht im entwickelten rR. zwei Rechtssysteme nebeneinander, die civilrechtliche

---

[3]) Auf der Höhe seiner Entwicklung stellt die prätorische Erbfolge eine auf Billigkeitsgründen beruhende tiefgehende Änderung des civilen Erbrechts dar. Manche (Savigny) nehmen an, daß die bonorum possessio schon von vornherein den Zweck gehabt habe, neue Erbberechtigungen zur Ergänzung und sogar unter Abänderung des Civilrechts zu schaffen, also eingeführt sei iuris civilis supplendi vel corrigendi gratia. Andere dagegen führen aus, daß die b. p. ursprünglich nur iuris civilis adiuvandi gratia eingeführt worden sei, sei es zwecks Regulierung des Besitzstandes im Erbschaftsstreite (Vangerow) oder um dem Civilerben — wegen der Gefahr einer usucapio pro herede (S. 714[6]) — möglichst schnell den Besitz der Nachlaßsachen zu verschaffen (Löhr) oder um im Interesse der nicht an erster Stelle in Frage kommenden Civilerben eine successio ordinum et graduum zu ermöglichen „ne quis sine successore moriatur" (Leist, der Hauptschriftsteller über die b. p.).

hereditas und die dem prätorischen Recht entstammende, den Grundsätzen des ius gentium folgende und mehr und mehr maßgebende bonorum possessio, deren völlige Verschmelzung zu einem einheitlichen Rechtsinstitut erst im justin. Recht erfolgte.

β. Das entwickelte prätorische Recht berief nacheinander mehrere „ordines" zur Erbfolge. Das sog. edictum successorium (D. 38, 9, C. 6, 16) änderte aber das civile Erbrecht ferner noch insofern ab, als die Erbschaft nicht mehr, wie früher, beim Nichterwerbe durch den zuerst Berufenen herrenlos werden (S. 921), sondern eine successio ordinum et graduum stattfinden sollte; es sollte nämlich, wenn der zunächst Berufene die Erbschaft nicht annahm, der Nächstberufene derselben Ordnung und mangels eines solchen die nächste Ordnung eintreten (D. 38, 9, 1, 10). Endlich bestand ein Unterschied zwischen hereditas und bonorum possessio noch darin, daß die b. p. nur binnen bestimmter Zeit (binnen 100 Tagen, gegenüber Aszendenten und Deszendenten binnen eines Jahres, beides utiliter — S. 319 — berechnet) erbeten werden mußte, während der Erwerb der hereditas an keine Ausschlußfrist gebunden war (D. 38, 9, 1, 9 u. 12); vgl. unten § 159 a.

γ. Nach prätorischem Rechte sind nacheinander berufen (G. 3, 25 ff.):

a. ex edicto unde liberi (d. h. ex ea parte edicti, unde liberi ad bonorum possessionem vocantur, D. 38, 6, C. 6, 14): sämtliche Nachkommen des Erblassers, also, im Gegensatze zum Civilrechte (S. 920), nicht nur die sui, sondern auch diejenigen, die im Augenblicke des Erbfalls sui gewesen wären, wenn keine c. d. minima stattgefunden hätte, besonders die emanzipierten Kinder[4]), mit Ausnahme

[4]) Hatte der Erblasser einen Sohn emanzipiert, dessen Kinder dagegen in seiner patria potestas zurückbehalten, so waren nach civilem Rechte nur die Kinder als sui erbberechtigt, während nach prätorischem Rechte nur der Sohn als nächstes Kind berechtigt war. Zur Versöhnung der widerstrebenden Interessen bestimmte die von Julian, dem

der infolge von Adoption oder Arrogation einer fremden Familie angehörenden; in dieser Klasse kommt es nicht, wie in den Klassen b und c, auf den Grad an, vielmehr treten, wenn ein Kind vor dem Erblasser gestorben ist, seine Kinder an seine Stelle (Repräsentation, S. 928 [7]);

b. ex edicto unde legitimi (D. 38, 7, C. 6, 15): alle nach Civilrecht zur Erbfolge Berufenen, also wieder die sui, die Agnaten (und zwar seit Justinian mit successio graduum, I. 3, 2, 7), die gentiles, deren Erbrecht aber in der Kaiserzeit wegfiel (G. 3, 17); die sui konnten also in dieser Klasse erben, auch wenn sie die Erbschaft in der Klasse unde liberi durch Versäumung der Antrittsfrist verloren hatten (sibi succedere, D. 38, 9, 1, 11);

c. ex edicto unde cognati (D. 38, 8, C. 6, 15): die Blutsverwandten bis zum 6. Grad, also noch die Geschwisterenkel, und vom 7. Grade die Kinder dieser (sobrino sobrinave natus et nata). Das prätorische Recht führte also eine Erbrechtsgrenze ein. Erst in dieser Klasse erhielten die Kinder gegenüber der Mutter und die Eltern gegenüber den Kindern ein Erbrecht, so daß selbst der entfernteste Agnat vor diesen nächsten Blutsverwandten zur Erbfolge gelangte;

d. ex edicto unde vir et uxor (D. 38, 11, C. 6, 18): der überlebende Ehegatte, der also erst in Ermangelung aller sonstigen Berufenen die Erbschaft erhält, es sei denn, daß er mit dem Erblasser in Manusehe gelebt hatte und daher auf Grund der hierdurch geschaffenen Agnation in der Klasse b berufen ist (S. 845).

Am Schlusse des Edikts werden diejenigen berufen, denen durch Gesetze ein außerordentliches Erbrecht (unten 4 β) zugesichert war (bonorum possessio quibus ex legibus).

---

Redaktor des Edictum perpetuum (S. 107), herrührende „Nova clausula Iuliana de coniungendis cum emancipato liberis eius", daß der auf den Sohn entfallende Kopfteil zur Hälfte dem Sohne, zur Hälfte dessen Kindern zufallen sollte (D. 37, 8).

Über den Einfluß der Gleichstellung der emancipati mit den sui auf die Kollationspflicht vgl. unten § 162 b 2 α.

### 3. Fortbildung bis auf Justinian.

Durch mehrere Gesetze der Kaiserzeit erfuhr das Erbrecht eine Fortbildung in der Richtung einer Bevorzugung der Kognaten unter Zurückdrängung der Agnaten.

*α.* Durch das SC. Tertullianum (I. 3, 3, D. 38, 17, C. 6, 56) unter Hadrian erhielt die Mutter, die das ius liberorum hatte („quae ter tulit liberos", d. h. die 3, oder als Freigelassene 4 Kinder hatte), ein gesetzliches Erbrecht am Vermögen ihrer Kinder. Sie trat hierdurch in die Klasse unde legitimi ein, erbte aber erst hinter den Nachkommen ihrer Kinder, dem Vater und den agnatischen Brüdern, den consanguinei, während sie neben agnatischen Schwestern erbte.

*β.* Umgekehrt erhielten nach dem SC. Orfitianum (I. 3, 4, D. 38, 17, C. 6, 57) unter Mark Aurel (178 n. Chr.) die Kinder ein gesetzliches Erbrecht gegenüber der Mutter, und zwar vor deren Agnaten. Das Vermögen der Mutter fiel also, wenn sie Kinder hinterließ, nicht mehr, wie bisher, an ihre angestammte Familie zurück.

*γ.* Später erhielten (durch Valentinian, 389 n. Chr.) die Enkel ein Intestaterbrecht gegenüber den kognatischen Großeltern (der Großmutter väterlicherseits und den Großeltern mütterlicherseits), indem jedoch den agnatischen Enkeln ein Vorzug belassen wurde (I. 3, 1, 15). Das Erfordernis des ius liberorum als Voraussetzung der Erbfolge der Mutter wurde beseitigt (durch Konstantin und Justinian, C. 8, 58, 2). Die emanzipierten Geschwister wurden durch Anastasius den agnatischen, welche ein bestimmtes Voraus erhielten, gleichgestellt (I. 3, 5, 1). Endlich erhielten auch Konkubinenkinder ein gewisses Erbrecht gegenüber dem Erzeuger (S. 888) und die „arme Witwe" gegenüber dem Manne (§ 157 a 4 *β* a).

### 4. Justinianisches Recht.

Justinian stellte das Intestaterbrecht auf eine ganz neue Grundlage in der Novelle 118 (543 n. Chr.) und der sie ergänzenden Novelle 127 (547 n. Chr.). Er führte eine neue Erbfolgeordnung ein, unter alleiniger Betonung der

Blutsverwandtschaft (Kognation) und unter Wiederbeseitigung der Erbrechtsgrenze[5]).

*a.* Ordentliches Erbrecht der Verwandten.

a. Erbfolgeordnung.

Die Novelle 118 bildete vier Klassen[6]), von denen jede spätere doch berufen ist, wenn aus der früheren Klasse niemand erbt (successio ordinum, S. 921).

I. Klasse: Nachkommen.

Berufen sind alle beim Tode des Erblassers geborenen oder wenigstens erzeugten Nachkommen und zwar ohne Rücksicht auf den Grad[6a]). Vielmehr treten die Nachkommen eines verstorbenen Nachkommen des Erblassers an die Stelle des Verstorbenen. Sind also beim Tode des Erblassers, der drei Kinder A, B, C hatte, vorhanden: A, zwei Kinder des verstorbenen B und 6 Enkel des verstorbenen C von dessen einzigem Sohne D, so erben A, Bs Kinder und Cs Enkel, obgleich sie mit dem Erblasser in verschiedenem

---

[5]) Streitig ist, ob die Auslegung der Novellen 118 und 127 lediglich aus ihren eigenen Vorschriften und der diese beherrschenden Tendenz zu erfolgen hat, oder ob dazu das bisherige Recht herangezogen werden darf. Die erstere Anschauung verdient den Vorzug, da Justinian nach der praefatio der Nov. 118 eine völlige Neuordnung („Kodifikation") des (ordentlichen, unten β) Intestaterbrechts beabsichtigte („cessantibus prioribus legibus, quae hac de causa lata sunt, in posterum ea solum observentur, quae nunc definimus").

[6]) Zusammengefaßt in den Denkversen eines unbekannten Verfassers:

1. Descendens omnis succedit in ordine primo.
2. Ascendens propior, germanus, filius eius.
3. Tunc latere ex uno frater quoque filius eius;
   (Hi cuncti in stirpes succedunt, in capita autem
   Iuncti ascendentes, fratrum proles quoque sola,
   Cognatusque heres, quem continet ultima classis;
   In lineas ascendentes, si sunt modo soli).
4. Denique proximior reliquorum quisque superstes.

6a) Cuiuscumque sexus aut gradus, sive ex masculorum, sive ex feminarum progenie descendat, et sive sui iuris, sive sub potestate sit (Nov. 118, 1).

Grade verwandt sind, gemeinsam, und zwar so, daß jede „stirps", d. h. jede der drei Linien A, B, C $^1/_3$ erhält, also A $^1/_3$, jedes von Bs Kindern $^1/_6$, jeder von Cs Enkeln $^1/_{18}$. Unerheblich ist hierbei nach der richtigen, in neuerer Zeit allgemein anerkannten Meinung, ob die Nachkommen späterer Grade ihren Vorfahren, durch den sie von dem Erblasser abstammen, selbst beerbt haben oder nicht; denn sie erben aus eigenem Rechte, wenn auch durch Vermittlung des Vorfahren, der zwischen ihnen und dem Erblasser stand [7]).

Den ehelichen Nachkommen stehen die legitimierten (C. 5, 27, 10, pr., heute auch die einer Putativehe, S. 875[5], entstammenden) Kinder gleich. Dagegen sind uneheliche Kinder nur gegenüber der Mutter und ihren Verwandten erbberechtigt (incestuosi auch nicht einmal insoweit, C. 5, 5, 6, S. 888); den Verwandten des Vaters gegenüber haben sie überhaupt kein Erbrecht, dem Vater selbst gegenüber nur ein außerordentliches beim Vorliegen gewisser Voraussetzungen (unten β b).

Hinsichtlich der adoptierten Kinder ist zwischen der adoptio plena und der arrogatio einerseits und der adoptio minus plena (S. 894 ff.) anderseits zu unterscheiden. Im letzteren Fall entsteht nur ein Intestaterbrecht des Adoptierten gegen den pater adoptans, nicht auch umgekehrt. In den ersteren Fällen dagegen entsteht ein gegenseitiges Erbrecht zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen,

---

[7]) Das Recht der Nachkommen späterer Grade, statt ihrer vorverstorbenen oder sonst als Erben nicht in Betracht kommenden Vorfahren einzurücken, pflegt man Repräsentationsrecht zu nennen. Man muß sich beim Gebrauche dieses Ausdrucks aber darüber klar sein, daß die weiteren Nachkommen nicht etwa bloß in das Erbrecht ihrer Vorfahren einrücken, so daß sie als „Repräsentanten" ihrer Vorfahren an deren Stelle erben, denn sonst könnten sie zB. nicht erben, wenn ihr Vorfahre enterbt oder erbunwürdig wäre oder die Erbschaft ausgeschlagen hätte (es gilt also nicht der Satz: viventis nulla repraesentatio). Vielmehr erben die Nachkommen kraft eigenen Rechts, das aber eben nur vorhanden ist, wenn nicht ein zwischen ihnen und dem Erblasser stehender Nachkomme erbt. Das ABGB. hat das sog. Repräsentationsrecht rezipiert. Ausnahmen von demselben sind in den §§ 541 und 780 enthalten.

sowie dessen Kindern. In allen Fällen behält übrigens der Adoptierte sein Erbrecht in seiner angestammten Familie und wird auch von dieser beerbt, vgl. S. 894.

II. Klasse: Vorfahren, vollbürtige Geschwister und deren Söhne und Töchter.

1) Von den Vorfahren sind nur die dem Grade nach nächsten berufen, so daß also der dem Grade nach nähere Aszendent den entfernteren ausschließt. Die Mutter schließt zB. den väterlichen Großvater aus. Erben mehrere gleich nahe Vorfahren, so wird bei Beteiligung von Vorfahren mütterlicher- und väterlicherseits der Nachlaß in 2 Teile, einen für die Mutterseite, einen für die Vaterseite, zerlegt (Teilung in lineas). Innerhalb jeder Linie wird in capita geteilt. Hinterläßt A den Vater seines Vaters B und die Eltern seiner Mutter C und D, so erhalten B $^1/_2$, C und D je $^1/_4$.

2) Neben den Vorfahren sind in der II. Erbklasse die vollbürtigen Geschwister und deren Söhne und Töchter (nicht auch deren Enkel usw.) berufen. Nach der Novelle 118 erbten neben Vorfahren nur Geschwister, nicht auch Geschwisterkinder. Erst durch die Novelle 127 wurde das Erbrecht der Geschwisterkinder auch für den Fall, daß Vorfahren miterbten, festgestellt[8]).

Erben Geschwister allein oder neben Vorfahren, so wird in capita geteilt. Geschwisterkinder erhalten den ihrem parens gebührenden Kopfteil. Hinterläßt also A in dem vorerwähnten Beispiele noch einen Bruder E und 2 Neffen F und G (von einem anderen, nicht miterbenden Bruder), so erhalten B, C, D, E je $^1/_5$, F und G je $^1/_{10}$ der Erbschaft[9]).

[8]) Die Novelle 127 gewährte den Geschwisterkindern ein Erbrecht in dieser Klasse ausdrücklich nur, wenn neben den Vorfahren auch Geschwister erben. Beabsichtigt war aber zweifellos, ihnen ein Erbrecht auch dann zu gewähren, wenn keine Geschwister miterbten, so daß die Geschwisterkinder allein neben Aszendenten berufen waren. So hat die gemeinrechtliche Praxis die Nov. 127 auch stets ausgelegt.

[9]) Erben Geschwisterkinder allein, so müßte bei folgerichtiger Durchführung der Teilungsgrundsätze der Novelle 118 jede stirps einen Teil erhalten. Dies lehrte auch Accursius; dagegen wollte Azo

III. Klasse: Halbbürtige Geschwister und deren Söhne und Töchter.

Die Teilung erfolgt hier ebenso wie in der II. Klasse, wenn keine Vorfahren in Betracht kommen. Geschwister erben also in capita, neben Geschwistern erbende Geschwisterkinder in stirpes, allein erbende Geschwisterkinder in capita.

IV. Klasse. Die sonstigen nächsten Blutsverwandten.

Es entscheidet die Nähe des Grades ohne Rücksicht auf volle und halbe Geburt. Der nähere Grad schließt den entfernteren aus. Gleich nahe Verwandte teilen in capita [10]).

---

in diesem Falle Teilung nach Köpfen eintreten lassen, und seine Meinung hat im Reichsabschiede von Speier (1529) reichsrechtliche Bestätigung erhalten, während das ABGB. die Teilung in stirpes angenommen hat (S. 931 [10]).

[10]) Das rR. fand bei seinem Eindringen in Deutschland zwar gewisse erbrechtliche Gedanken deutschrechtlichen Ursprungs vor; es wird von manchen sogar behauptet, daß in einem größeren Teile von Deutschland eine übereinstimmende Erbfolgeordnung, die Parentelenordnung, gegolten habe, nach welcher kraft Gesetzes zur Erbschaft berufen seien: zunächst die „erste Parentel", d. h. die vom Erblasser abstammenden Personen, mangels solcher Nachkommen des Erblassers die „zweite Parentel", d. h. die von den Eltern des Erblassers abstammenden Personen usw. Jedenfalls aber hat das deutsche Erbrecht dem Anprall des rR. nicht Stand gehalten und das letztere ist insbesondere für das Intestaterbrecht bis auf Einzelheiten Gemeines Recht geworden. Dagegen gingen die partikulären Kodifikationen wieder auf das deutsche Recht zurück, so auch das ABGB.

Das ABGB. hat seinem Intestaterbrechte die Parentelenordnung und das Repräsentationsrecht zugrunde gelegt. Es läßt von dem Erblasser, seinen Eltern, Großeltern, Urgroßeltern usw. je eine Ordnung (Parentel) ausgehen (§§ 731 ff.) und beruft einen Angehörigen einer entfernteren Ordnung erst dann zur Erbfolge, wenn kein, dem Grade nach auch noch so weit entfernter, Angehöriger einer näheren Ordnung vorhanden ist. In allen sechs erbfähigen Linien (§ 731) tritt an die Stelle eines verstorbenen Vorfahren seine Nachkommenschaft kraft Repräsentationsrechts; es wird also ohne Rücksicht auf die Gradesnähe nach Stämmen geerbt (sog. Linearfolge). Die wichtigsten Abweichungen des ABGB. vom Gemeinen Intestaterbrecht sind:

### b. Zeitpunkt der Berufung.

Für die Frage, wer der zu einer Erbschaft berufene Intestaterbe ist, kommt es nach rR. auf den Augenblick des Eintritts des Berufungsgrundes an, nicht einheitlich auf den des Todes des Erblassers. Entsagt daher zB. ein vom Erblasser eingesetzter Testamentserbe und tritt infolgedessen Intestaterbfolge ein, so kommt der im Augenblicke der Entsagung (nicht im Augenblicke des Todes) nächste Intestaterbe zur Erbschaft (I. 3, 1, 7) Hinterläßt der Erblasser ferner einen nasciturus und kommt dieser tot zur Welt, so wird Erbe, wer zu dieser Zeit, nicht wer zur Zeit des Todes des Erblassers nächster gesetzlicher Erbe ist (D. 29, 2, 30, 1).[11])

---

a. Die Geschwister erben nicht neben den Eltern (S. 929), sondern werden von diesen, wenn sie beide leben, ausgeschlossen.

b. Dagegen schließen Geschwister die entfernteren Vorfahren aus; denn diese gehören erst der dritten Ordnung an.

c. Zwischen vollbürtigen und halbbürtigen Geschwistern wird kein Unterschied in der Berufung gemacht (S. 929 ff.), sondern nur im Erbteile. Sind nämlich beide Eltern des Erblassers tot, so erben die vollbürtigen Geschwister bei beiden Hälften, die Halbbürtigen nur hinsichtlich der Hälfte des mit dem Erblasser gemeinschaftlichen Elternteils mit (§ 736).

d. Nicht nur Söhne und Töchter, sondern auch weitere Abkömmlinge der Geschwister sind in der zweiten Ordnung berufen (§§ 735 ff.).

e. Allein erbende Geschwister teilen nicht in capita (S. 930[9]), sondern in stirpes (S. 930[10]).

Über das gesetzliche Erbrecht der unehelichen Kinder und der Adoptivkinder nach ABGB. vgl. S. 889[3] u. 895[5], über das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten §§ 757—759.

[11]) Auf gerade entgegengesetztem Standpunkte steht das ABGB. Nach rR. erfolgt die Delation des Erbrechts, wie oben dargelegt, immer nur an den Nächstberechtigten und es ist für jede neue Berufung der Augenblick des Wegfalls des Nächstberechtigten maßgebend. Nach ABGB. dagegen (vgl. § 545) gelten bereits mit dem Erbfall alle in Frage kommenden Erben als zusammen berufen. Fällt der Nächstberufene fort, so wird es so angesehen, als wäre er schon im Augenblicke des Todes des Erblassers nicht vorhanden gewesen und es gilt daher der als berufen, der zu dieser Zeit — von dem Fortgefallenen abgesehen — der nächste gesetzliche Erbe war, auch dann, wenn er es im Augenblicke des Fortfalls nicht mehr ist. Hinterläßt A zB. eine schwangere Frau, eine Mutter und eine Schwester, stirbt alsdann die

### c. Sukzession und Akkreszenz.

Justinian hat die durch das edictum successorium hinsichtlich der Klassen und in der Klasse der Kognaten hinsichtlich der Grade (S. 925) eingeführte, das Herrenloswerden des Nachlasses verhindernde successio ordinum et graduum schon vor der Novelle 118 (I. 3, 2, 7) aufgenommen. Über ihr Verhältnis zu dem Akkreszenzrechte herrscht jedoch beim Mangel einer ausdrücklichen Vorschrift Streit.

1) Nach der richtigen und fast allgemein anerkannten Meinung ist ein Angehöriger einer Klasse immer erst zur Erbschaft berufen, wenn kein Erbberechtigter einer früheren Klasse vorhanden ist. Dies ergibt Nov. 118, 1 (S. 927[6a]) wonach das Vorhandensein eines Nachkommen irgendwelchen Grades die Berufung der Vorfahren und Geschwister ausschließt. Wenn also A zwei kinderlose Söhne B und C hinterläßt, so ist sein Vater D nur dann zur Erbschaft berufen, wenn beide Söhne der Erbschaft entsagen; erst dann tritt die successio ordinum (S. 927) ein. Schlägt dagegen C die Erbschaft aus, während B sie annimmt, so fällt Cs Erbteil nicht an D, sondern an B; es tritt also nicht successio ordinum, sondern Akkreszenz (S. 918) ein.

Unstreitig ist ferner, daß in der IV. Klasse eine successio graduum nur eintritt, wenn alle beim Tode des Erblassers vorhandenen Erben früherer Grade fort-

---

Mutter und macht die Frau später eine Fehlgeburt, so fällt As Nachlaß nach rR. an die Schwester; denn in dem maßgebenden Augenblicke der Fehlgeburt ist die Mutter schon tot und die Schwester die nächste Erbin (D. 38, 16, 8, 1: Si quis praegnatem uxorem reliquisset et matrem et sororem, si viva uxore mater mortua fuisset, deinde uxor mortuum peperisset, ad sororem solam legitima hereditas pertinet, quia certum esset matrem eo tempore decessisse, quo legitima hereditas ad eam non pertinebat). Nach ABGB. dagegen beerben die (Testaments- oder gesetzlichen) Erben der Mutter den A; denn nach ABGB. gilt die Mutter schon mit As Tode als zu seiner Erbschaft berufen, wenn auch nur eventuell, nämlich für den Fall, daß der nasciturus nicht lebend zur Welt kommt. Sie vererbt daher dieses eventuelle Erbrecht auf ihre Erben, auch wenn sie stirbt, ehe sich ihre Berufung endgültig entscheidet.

gefallen sind. Hinterläßt A also zwei Großneffen B und C, und entsagt C, so kommt nicht dessen Deszendenz, sondern der einen Grad näher stehende B zur alleinigen Erbfolge. Es tritt also Akkreszenz ein und nicht successio graduum.

2) Streitig ist dagegen die Frage, ob in den drei ersten Klassen bei Fortfall des an erster Stelle berufenen Erben Anwachsung an die übrigen an erster Stelle berufenen Erben eintreten solle, oder ob der Erbteil des Fortfallenden auf diejenigen übertragen werden müsse, die berufen sein würden, wenn der Fortgefallene vor dem Erblasser gestorben wäre[12]).

---

[12]) Die neuere Ansicht (Windscheid, Dernburg) läßt nicht Akkreszenz, sondern successio graduum eintreten, indem sie darauf hinweist, daß es der in der Novelle 118 zum Ausdruck gelangten Absicht Justinians, die dem Erblasser am nächsten stehenden Verwandten zur Erbfolge zu berufen, nicht entsprechen würde, zB. Enkel von der Erbschaft auszuschließen, weil ihr Vater der Erbschaft entsagt hat, und es für entscheidend zu erklären, ob der Umstand, der jemanden zu einem Erbberechtigten macht, vor oder nach dem Erbfall eingetreten sei. Dagegen wenden die Gegner ein, daß nach dem das römische Erbrecht beherrschenden, durch die Novelle 118 nicht geänderten Grundsatze jeder der mehreren an erster Stelle berufenen Erben auf die ganze Erbschaft berufen ist (S. 912), dergestalt, daß beim Fortfall eines der Miterben den übrigen kraft Rechtsnotwendigkeit der Erbteil des Fortfallenden im Wege der Akkreszenz anfällt.

In Frage kommen hierbei zB. folgende Fälle:

a. A hinterläßt zwei Söhne B und C. B schlägt aus; treten seine Kinder ein oder erhält C das Ganze?

b. A hinterläßt einen Bruder und seinen Vater als nächste Erben. Der Vater entsagt; geht sein Teil auf den noch lebenden Großvater über oder erhält der Bruder das Ganze?

c. A hinterläßt einen Bruder und einen Neffen. Der Bruder entsagt; geht sein Teil auf seine Kinder über oder erhält der Neffe das Ganze?

Nach ABGB. tritt in allen sechs Linien beim Fortfall des an erster Stelle Berufenen Repräsentation, also successio graduum, ein (S. 930[10]), und Akkreszenz an einen Mitberufenen folgt nur dann, wenn der Fortgefallene keine Nachkommen hinterläßt.

Über das Anwachsungsrecht bei testamentarischer Erbfolge vgl. unten § 164 d, bei Vermächtnissen unten § 165 b 6. Über den vor dem Tode des Erblassers erfolgten Verzicht vgl. ABGB. §§ 551 und 763.

### β. Außerordentliche Erbrechte.

Neben den in den Novellen 118 und 127 geordneten „ordentlichen" Erbrechten der Verwandten laufen gewisse auf anderen Gesetzesvorschriften beruhende „außerordentliche" Erbrechte einher.

#### a. Erbrecht des Ehegatten.

Das prätorische Erbrecht des überlebenden Ehegatten ex edicto unde vir et uxor blieb neben der Novelle 118 zwar bestehen; der Ehegatte erbte nunmehr aber erst, wenn kein auch noch so entfernter Blutsverwandter vorhanden war, während er bisher nur von den Verwandten sechsten Grades und den Sobrinenkindern ausgeschlossen wurde. Eine gewisse Ausgleichung erhielt die Ehefrau durch die Ausbildung der donatio propter nuptias (S. 864).

Unter besonderen Voraussetzungen erhielt aber die Witwe durch Justinian (Nov. 53, 6 und 117, 5) neben Erben jeder Ordnung ein Erbrecht, das sogar unentziehbar, also ein Noterbrecht war.

Die arme, d. h. weder hinreichendes eigenes Vermögen besitzende, noch mit einer angemessenen Mitgift ausgestattete Witwe (mulier inops et indotata) erhält ein Viertel des Vermögens ihres Ehemanns (sog. Quart der armen Witwe), aber nie mehr als 100 Pfund Gold (S. 870) und, wenn sie mit mehr als 3 Nachkommen des Mannes erbte, nicht mehr als einen Kopfteil. Erbt sie ferner mit ihren eigenen Kindern (aus ihrer Ehe mit dem Erblasser), so erhält sie an ihrem Anteile nur den Nießbrauch. Ob die „arme Witwe" Erbe (also Universalsukzessor) oder nur gesetzlicher Vermächtnisnehmer ist, ist streitig[13]).

---

[13]) Nach ABGB. steht den Ehegatten ein wechselseitiges Intestaterbrecht zu, vorausgesetzt, daß eine gültige Ehe bis zum Tode des Erblassers bestanden hat (vgl. auch §§ 759 und 1266). Konkurriert der überlebende Ehegatte mit den Kindern des Erblassers, so erhält derselbe, wenn drei oder mehr Kinder vorhanden sind, mit jedem Kinde einen gleichen Erbteil zum lebenslangen Fruchtgenusse, sind weniger als drei Kinder vorhanden, den vierten Teil der Verlassenschaft zum lebenslangen Fruchtgenusse (§ 757). Konkurriert derselbe nur mit

b. Erbrecht unehelicher Kinder.

Konkubinenkinder (S. 834[2]) mit Ausnahme der incestuosi erhalten nach Nov. 18, 5 und 89, 12 ff. zusammen mit ihrer Mutter $^1/_6$ des Nachlasses des unehelichen Vaters, wenn dieser sie anerkannt und weder eine Ehefrau noch eheliche Kinder hinterlassen hat. Unter denselben Voraussetzungen hat der uneheliche Vater ein Erbrecht gegen sein natürliches Kind[14]).

c. Quarta divi Pii.

Antoninus Pius gestattete die bis dahin unzulässige Arrogation eines gewaltfreien impubes (S. 891), bestimmte jedoch im Interesse des Arrogierten, daß dieser, wenn der Arrogierende ihn vor erreichter Mündigkeit ohne richterlich gebilligten Grund emanzipiert und so des ihm kraft der Arrogation zustehenden Erbrechts wieder beraubt hatte, ein Viertel (sog. Quarta divi Pii) des Nachlasses des Arrogierenden als gesetzlicher Vermächtnisnehmer erhalten sollte (I. 1, 11, 3).[15])

d. Erbrecht des Fiskus.

Nach altrömischer Auffassung war der Nachlaß, solange

---

Aszendenten oder Seitenverwandten, so erhält er ein Viertel der Verlassenschaft zum Eigentum (§ 758). Sind keine Verwandten vorhanden, so bekommt der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft zum Eigentum (§ 759). Im Falle der Konkurrenz mit Kindern oder anderen Verwandten muß sich jedoch der überlebende Ehegatte alles anrechnen lassen, was er nach den Ehepakten oder kraft einer letztwilligen Verfügung aus dem Vermögen des Erblassers erhält (§ 758). Über das Noterbrecht des überlebenden Ehegatten vgl. ABGB. § 796.

[14]) Ob dies Erbrecht sich nach Gem. Recht auf alle unehelichen Kinder bezieht, ist bestritten. Das ABGB. § 754 erkennt kein Erbrecht der unehelichen Kinder gegen ihren Erzeuger, auch nicht gegen die Verwandten der unehelichen Mutter.

[15]) Diese Besonderheit ist in das ABGB., das nur eine Art von Kindesannahme kennt (S. 894[5]), nicht übergegangen. Nach ABGB. § 755 wird durch die Annahme an Kindes Statt für das Kind, nicht aber für den Annehmenden ein gesetzliches Erbrecht, jedoch nur gegen den Adoptierenden, begründet, das aber im Annahmevertrag ausgeschlossen werden kann (S. 895[6]; vgl. ABGB. § 184).

noch kein Erbe (voluntarius heres, S. 917) die Erbschaft angetreten hatte, also im Zeitraume der hereditas iacens (S. 964), herrenlos (res nullius). Es konnte also anfänglich jeder, ohne ein furtum zu begehen, den Nachlaß in Besitz nehmen und ersitzen (usucapio pro herede, S. 714[6]). Später wurde (durch ein SC. Iuventianum, unter Hadrian, 129 n. Chr., vermutlich dasselbe, das die hereditatis petitio neu ordnete, unten S. 976[6]) die usucapio pro herede dem Erben gegenüber für wirkungslos erklärt und durch eine oratio unter Mark Aurel sogar als crimen expilatae hereditatis bestraft. Danach wäre eine Besitznahme von Nachlaßgegenständen nur dann zulässig gewesen, wenn mangels jedes Erben (sog. usucapio sine herede) der Nachlaß wirklich herrenlos gewesen wäre. Das konnte aber im späteren rR. nie eintreten. Denn schon die lex Iulia et Papia Poppaea (D. 30, 96) berief in die bona vacantia (C. 10, 10), d. h. in einen Nachlaß, hinsichtlich dessen weder ein Testamentserbe noch ein Intestaterbe vorhanden war, den Fiskus, dessen Anspruch (vindicatio s. petitio hereditatis) gegen einen Okkupanten des Nachlasses jedoch binnen 4 Jahren, seitdem dem Fiskus die Anzeige von dem erblosen Gute gemacht worden ist, verjährte (C. 7, 37, 1). Nach späteren Vorschriften (C. 6, 62) erhielt an Stelle des Fiskus den erblosen Nachlaß eines decurio (S. 77) die curia, eines Geistlichen seine Kirche, eines Soldaten sein Regiment, eines Angehörigen gewisser Innungen (collegium naviculariorum, d. h. der Schiffer, und fabricensium, d. h. der kaiserlichen Waffenschmiede) die Innung; hatte der Erblasser ferner mit einem Anderen vom Landesherrn ein Geschenk erhalten, so fiel dieses statt an den Fiskus an den „socius liberalitatis imperialis“ (C. 10, 14, 1).

Der Fiskus war nach rR. — was freilich streitig ist — nicht Okkupant kraft seines Hoheitsrechts, sondern gesetzlicher Erbe, der allerdings kraft Gesetzes nur „cum viribus hereditatis“ haftete (D. 49, 14, 1, 1), und sich durch Veräußerung der Erbschaft als Ganzes von den Erbschaftsschulden befreite (C. 4, 39, 1). Sämtliche im Testa-

ment angeordneten Vermächtnisse muß der Fiskus gleich dem Testamentserben leisten (D. 30, 96, 1).[16])

b. Beerbung der Hauskinder und Freigelassenen.

1. Beerbung der Hauskinder.

α. Bis auf Justinian fiel das peculium profecticium des Hauskindes (S. 884) bei seinem Tode ohne weiteres an den Vater zurück. Das peculium castrense und quasi castrense fiel beim Tode des Hauskindes, falls dieses von der Befugnis, darüber zu testieren (S. 884), keinen Gebrauch gemacht hatte, ebenfalls an den Vater, und zwar nicht als Erbschaft, sondern als Pekulium (postliminii cuiusdam similitudinis). Endlich erhielt der Vater anfänglich auch die bona adventicia, über die das Kind nicht testieren konnte; durch Theodosius II. und Valentinian III. wurden jedoch außer ihm auch die Deszendenten, die Geschwister und die Mutter des Hauskindes berufen.

β. Nach der Novelle 118 vererbt sich das Vermögen der Hauskinder nach der gewöhnlichen Erbfolge. Nur behält der Vater, falls Deszendenten des Hauskindes zur Erbfolge gelangen, den ihm auch schon zu Lebzeiten der Hauskinder zustehenden Nießbrauch an den bona adventicia (regularia, S. 883). Erbt er dagegen selbst neben Geschwistern des Erblassers, so erhält er an deren Erbteilen, auch wenn die Geschwister selbst noch seine Hauskinder sind, keinen Nießbrauch (Fall des adventicium irregulare, S. 884).

2. Beerbung der Freigelassenen.

α. Nach den 12 Tafeln wurde der libertus civis Romanus beerbt: zuerst von seinen sui, mangels solcher vom Patron und dessen agnatischen Nachkommen, an letzter Stelle von der gens des Patrons.

β. Zur bonorum possessio intestati eines

---

[16]) Nach ABGB. § 760 fällt beim Mangel eines Verwandten oder Ehegatten die Verlassenschaft als erbloses Gut an den Fiskus, zwar nicht als Erben, sondern kraft Heimfallsrechts.

Freigelassenen waren nacheinander 7 Klassen berufen, nämlich ex edicto:

a. unde liberi seine Nachkommen, Adoptivkinder aber nur zur Hälfte der Erbschaft, während die andere Hälfte dem Patron, seinen Söhnen oder deren Söhnen anfiel (b. p. partis dimidiae contra suos non naturales, G. 3, 41);

b. unde legitimi seine Civilintestaterben (oben α);

c. unde cognati die Blutsverwandten des Freigelassenen, soweit die Verwandtschaft nicht auf serviles cognationes (S. 837) beruht (D. 38, 8, 1, 2);

d. unde familia patroni die Agnaten des Patrons;

e. unde patronus patroni (item liberi et parentes patroni patronaeve) der Patron des Freilassers (und seine Familie), falls der Freilasser selbst ein Freigelassener war;

f. unde vir et uxor der überlebende Ehegatte des Verstorbenen;

g. unde cognatio manumissoris die Blutsverwandten des Patrons.

γ. Nach justinianischem Rechte sind an erster Stelle die Deszendenten des Freigelassenen, auch die vor der Freilassung erzeugten, an zweiter Stelle der Patron, nach ihm seine Deszendenten und Seitenverwandten bis zum 5. Grade berufen. Die Kinder des Freigelassenen beerbt nur der Patron persönlich und nur mangels irgendwelcher Verwandten derselben[17]).

---

[17]) Bis auf Justinian, der die Unterschiede zwischen den verschiedenen Arten der Freigelassenen beseitigt hat, gelten noch Besonderheiten hinsichtlich:

a. der Latini Iuniani (S. 178[10]); denn diese „vivunt ut ingenui, moriuntur ut servi", ihr Nachlaß fällt wie ein peculium an den Freilasser oder seine Erben; deshalb sind sie auch testierunfähig;

b. der peregrini dediticii (S. 179[11]); diese werden, wenn sie ohne den ihre Zurücksetzung veranlassenden Umstand liberti cives Romani geworden sein würden, wie solche, wenn sie aber nur Latini Iuniani geworden wären, wie diese beerbt.

### 3. Beerbung der Emanzipierten.

Auch der Quasipatron eines Emanzipierten (S. 174) hatte anfänglich das gleiche gesetzliche Erbrecht wie der Patron (oben 2). Nur wurde nach prätorischem Rechte vor die b. p. unde legitimi eine b. p. unde decem personae (der zehn nächsten Kognaten: pater, mater, filius, filia, avus, avia, nepos, neptis, frater, soror) eingeschoben, wodurch das gesetzliche Erbrecht eines extraneus manumissor zurückgedrängt wurde (I. 3, 9, 5).

Nach der Novelle 118 werden Emanzipierte nach der gewöhnlichen Erbfolgeordnung beerbt.

## § 158. Gewillkürte Erbfolge.

Außer dem Gesetze kommt, wie schon S. 911 bemerkt, der Wille des Erblassers als Grund der Berufung zur Erbfolge in Betracht. In welchen Formen und mit welcher Wirkung dieser Wille auftritt, das ist im einzelnen unten §§ 163 ff. zu erörtern. Hier sind zunächst nur die Grundbegriffe der gewillkürten Erbfolge zu besprechen.

### a. Testierfreiheit.

1. Die Befugnis des Römers, über sein Vermögen auf den Todesfall zu verfügen, ist schon in den 12 Tafeln anerkannt: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto[1]). Eine Beschränkung der Testierfreiheit wird durch das Pflichtteilsrecht (unten § 169 b 2) herbeigeführt.

[1]) Ob hierin eine Neuschaffung oder nur eine Bestätigung eines schon vorhandenen Rechtssatzes lag, ist streitig. Nach der einen Ansicht (Mommsen, Jhering) war nach ältestem rR. eine Abänderung der gesetzlichen Erbfolge nur auf Grund der Zustimmung der Kuriatkomitien, also kraft eines Spezialgesetzes, zulässig (daher die älteste Form des Testaments „calatis comitiis", S. 59 und unten § 167 c 1 α). Nach der anderen Ansicht (Karlowa) war der pater familias kraft seiner unumschränkten Gewalt über die Familie (S. 879) von Anfang an zur Verfügung über das Familienvermögen auch von Todes wegen befugt, und die Zuziehung der Komitien hatte nur die Bedeutung der öffentlichen Feststellung seiner Verfügung.

2. Eine Verfügung von Todes wegen kann nach rR. nur durch einseitige und daher bis zum Tode beliebig zu ändernde und zurück zu nehmende Willenserklärung erfolgen. Dagegen ist nach rR. die vertragsmäßige Verpflichtung des Erblassers, über sein Vermögen in einer gewissen Weise von Todes wegen zu verfügen, als der Testierfreiheit und damit den guten Sitten widersprechend, nichtig. Erbverträge (unten § 168) sind daher nach rR. unzulässig (C. 2, 3, 15; 5, 14, 5; 8, 38, 4). Die Unwiderruflichkeit der vom Erblasser einmal getroffenen Anordnung kann auch nicht durch das Versprechen einer Vertragsstrafe (D. 45, 1, 61) oder durch Verzicht auf Widerruf (die sog. derogatorische Klausel) gesichert werden (ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum, D. 34, 4, 4).[2])

3. Auf die Befugnis zu testieren kann hiernach nicht verzichtet werden. Sie ist aber auch unübertragbar, vielmehr ein ius personalissimum des Testators. Eine Verfügung von Todes wegen kann daher nur vom Erblasser persönlich errichtet werden, Stellvertretung ist unzulässig (S. 305[6], ebenso ABGB. §§ 565 ff.); es kann ferner die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie des Gegenstands der Zuwendung in der Regel nicht einem Anderen überlassen werden (unten § 163 a 1).

b. Testament und Kodizill.

Für die hiernach allein zulässige einseitige Verfügung von Todes wegen hat das entwickelte rR. zwei Formen aus-

[2]) Im Gegensatze zum ältesten rR. ging das älteste deutsche Recht von der Unzulässigkeit der Verfügungen von Todes wegen aus. Im Mittelalter wurden dagegen nicht nur einseitige, sondern auch vertragsmäßige Verfügungen auf den Todesfall zugelassen. Auch das ABGB. erkennt einseitige Verfügungen von Todes wegen (Testament, letztwillige Verfügung, § 522) und Erbverträge (§ 602) an, letztere können jedoch nur unter Ehegatten gültig geschlossen werden. Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben, ist aber auch nach ABGB. nichtig und kann auch nicht durch Festsetzung einer Vertragsstrafe verstärkt werden.

gebildet: das Testament (I. 2, 10 und 2, 12, D. 28, 1 ff., C. 6, 22 ff.) und das Kodizill (I. 2, 25, D. 29, 7, C. 6, 36).

1. Das Testament (das nach I. 2, 10, pr., „ex eo appellatur, quod testatio mentis est", während sein Name in Wahrheit von der Zuziehung von Zeugen herkommt) ist eine Verfügung von Todes wegen, durch welche ein Erbe ernannt, d. h. jemandem der Nachlaß ganz oder zu einem Bruchteile zugewandt wird, dergestalt, daß der Eingesetzte Gesamtnachfolger des Erblassers wird (I. 2, 20, 34: testamenta vim ex institutione heredum accipiunt). Das Kodizill[3]) dagegen ist eine Verfügung von Todes wegen, durch welche nicht eine Erbeinsetzung angeordnet (D. 29, 7, 20), sondern eine andere Bestimmung auf den Todesfall getroffen, insbesondere eine Sondernachfolge hinsichtlich bestimmter Nachlaßgegenstände angeordnet wird (Vermächtnis, S. 943; vgl. ABGB. §§ 552, 553).[4])

Hiernach bildet das Kodizill nur die Ergänzung zu der anderweit geregelten Erbfolge, und zwar unterscheidet man, je nachdem das Kodizill sich einem Testament oder der gesetzlichen Erbfolge anschließt, testamentarische und Intestatkodizille. Unter den testamentarischen Kodizillen werden die codicilli testamento confirmati von den non confirmati unterschieden (D. 29, 7, 8, pr.). Kodizille, die der Testator in seinem Testamente bestätigt oder deren Abfassung er sich vorbehalten hatte, können nämlich auch civilrechtliche Anordnungen (Legate) enthalten, während die nicht-

[3]) Über die geschichtliche Entwicklung der Kodizille vgl. I. 2, 25, pr. Ante Augusti tempora constat ius codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cuius persona etiam fideicommissa coeperunt (S. 944), codicillos introduxit. nam cum decederit in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid: et cum divus Augustus voluntatem eius implesset, deinceps reliqui autoritatem eius secuti fideicommissa praestabant et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit.

[4]) Testamentum und codicillus bezeichnen übrigens nicht nur die mündlich oder schriftlich erfolgte Verfügung von Todes wegen selbst, sondern auch die darüber aufgenommene Urkunde (tabulae testamenti).

konfirmierten nur Fideikommisse enthalten dürfen (G. 2, 270 a); mit der Gleichstellung der Legate und Fideikommisse (S. 945) ist dieser Unterschied weggefallen. Keine Art von Kodizill kann jedoch Erbeinsetzungen oder Enterbungen aufnehmen; dazu bedarf es stets einer in die Form des Testaments gekleideten Anordnung („codicillis hereditas neque dari neque adimi potest"; I. 2, 25, 2, D. 29, 7, 10 und 20).

Die in einem testamentarischen Kodizill enthaltenen Anordnungen werden als im Testamente selbst getroffen angesehen (D. 29, 7, 2, 2, sog. kodizillarische Fiktion). Die Rechtsbeständigkeit und Bedeutung der Anordnungen des Kodizills ist jedoch nach der Zeit seiner Errichtung zu beurteilen, nicht nach der Zeit der Testamentserrichtung.

2. Kodizille konnten ursprünglich formlos errichtet werden. Konstantin führte für Intestatkodizille die Testamentsform ein; später wird als besondere Kodizillarform die mündliche (codicilli nuncupativi) oder schriftliche Erklärung vor 5 Zeugen (nicht vor 7, wie beim Testamente) vorgeschrieben; unten § 167.

3. Nach dem vorstehenden sind die Kodizille an weniger strenge Voraussetzungen gebunden als die Testamente, einmal in materieller Beziehung, da das Kodizill nicht notwendig eine gültige Erbeinsetzung voraussetzt, anderseits auch in Ansehung der Form, da fünf Zeugen genügen. Eine Verfügung von Todes wegen, die aus einem bestimmten Grunde, zB. weil einem der zugezogenen Zeugen die Eigenschaft eines Testamentszeugen fehlte (unten § 167 c 2 β), als Testament ungültig ist, kann, falls sie wenigstens den Voraussetzungen eines Kodizills entspricht, die minderen Wirkungen eines Kodizills haben, sofern der Erblasser dem Testamente die sog. Kodizillarklausel beifügt[5]). Dann werden — da das

[5]) Die Kodizillarklausel wurde nicht, wie man früher annahm, „subintelligiert", sondern mußte in das Testament aufgenommen sein; es genügte freilich jede den Willen des Testators erkennbar machende Äußerung (D. 31, 88, 17). In Deutschland war die Formel üblich: „Dafern aber dieses mein Testament einiger Ursachen und Mängel

Kodizill keine Erbeinsetzungen und keine civilrechtlichen Vermächtnisse (Legate, s. u.) aufnehmen kann — die Erbeinsetzungen als Universalfideikommisse, die Vermächtnisse als Fideikommisse aufrechterhalten (Fall der Konversion; S. 280).

### c. Arten letztwilliger Verfügungen.

#### 1. Allgemeines.

Durch Verfügung von Todes wegen kann, wie schon S. 912 bemerkt, entweder eine Universalsukzession — durch Einsetzung als Allein- oder Miterbe — oder eine Singularsukzession — durch Vermächtnis — herbeigeführt werden[6]). Vermächtnis (legatum) ist die Zuwendung eines Vermögensvorteils an eine Person — regelmäßig einen Nichterben, zuweilen aber auch an einen Erben (sog. Prälegat) — auf Kosten der Erbschaft. Der Bedachte (Honorierte, legatarius, Vermächtnisnehmer) hat also die Stellung eines Gläubigers dem Erben (oder beim Prälegate den übrigen Erben) als Schuldner (Onerierten, Belasteten) gegenüber. Während die Erbfolge eine unmittelbare und stets universale Nachfolge des Erben in den Nachlaß herbeiführt, begründet das Vermächtnis eine regelmäßig nur mittelbare (Ausnahme das unten § 165 b 2 zu besprechende Vindikationslegat) und

halber von Rechts wegen nicht als ein solenner zierlicher letzter Wille oder zu Recht bestehendes Testament gelten oder kräftig sein sollte, so will ich doch, daß solches als ein testamentum nuncupativum, Kodizill, Fideikommiß, donatio mortis causa oder wie es sonst immer den Rechten nach am besten geschehen kann, gelten und kräftig sein soll". Es genügte aber auch die bei den Notaren übliche Abkürzung: „Dafern aber ꝛc. ꝛc." (sog. Clausula ceterata).

Das ABGB. kennt hinsichtlich der äußerem Form der Erklärung des letzten Willens keinen Unterschied zwischen Testament und Kodizill.

[6]) In der Form des S. 946 besprochenen Universalfideikommisses konnte seit dem SC. Trebellianum allerdings durch Vermächtnis auch eine Universalnachfolge herbeigeführt werden. Von der Erbfolge unterschied sich die Nachfolge durch Universalfideikommiß dadurch, daß die Erbfolge die unmittelbare Nachfolge des Erben begründete, während beim Universalfideikommisse zunächst eine Mittelsperson (der Fiduziar, S. 946) die Erbschaft erwarb, der sie freilich dem Fideikommissar herauszugeben hatte, so daß dieser nur mittelbarer Nachfolger des Erblassers wurde.

singuläre Nachfolge (Ausnahme das Universalfideikommiß, Anm. 6).

2. Legat und Fideikommiß.

Für Vermächtnisse gab es bis auf Justinian zwei Formen: legatum und fideicommissum.

Das Legat war die Vermächtnisform des alten Civilrechts. Es konnte nur in einem Testament und zwar mit lateinischen solennen Worten (civilibus imperativis verbis: „do lego") angeordnet werden, setzte also die Errichtung eines Testaments voraus und mußte der Erbeseinsetzung nachfolgen (G. 2, 229: Ante heredis institutionem inutiliter legatur). Ein Legat konnte ferner nur für Personen angeordnet werden, die die testamenti factio passiva (§ 164 a 1) besaßen (vgl. G. 2, 268 ff.). Legte ein Erblasser, ohne ein Testament zu errichten, dem Intestaterben in einem Kodizille (S. 941) die Aushändigung gewisser Vermögensobjekte an bestimmte Personen auf, oder wollte er Personen, die nach ius civile nicht erbfähig waren (S. 914), etwas zuwenden, so konnte er nur den Erben ersuchen (precativis verbis: peto, rogo, volo, mando, fidei tuae committo, I. 2, 24, 3), seinen letzten Willen zu beachten. Ob der Erbe dies tat, blieb anfänglich seiner Gewissenhaftigkeit überlassen (fidei commissum). Erst seit Augustus, der selbst die Fideikommisse des L. Lentulus ausgeführt hatte (I. 2, 25, pr., S. 941[3]), gaben auch die — regelmäßig durch Kodizill angeordneten (S. 941) — Fideikommisse einen klagbaren Anspruch, der allerdings nicht im ordentlichen Verfahren, sondern nur extra ordinem (S. 160) geltend gemacht werden konnte, nämlich in Rom beim Konsul, später bei einem besonders bestellten praetor fideicommissarius, in den Provinzen beim praeses provinciae (I. 2, 23, 1). Abgesehen von dieser prozessualen Besonderheit erhielten sich noch bis auf Justinian zahlreiche (in G. 2, 268—288 und in Ulp. fragm. 25 aufgezählte) materielle Unterschiede zwischen Legat und Fideikommiß[7]).

[7]) ZB.: Legate können nur den Testamentserben auferlegt, nur in Testamenten oder konfirmierten (S. 941) Kodizillen, nur in latei-

Erst Justinian verschmolz in C. 6, 43, 2 Legat und Fideikommiß völlig miteinander: jedes Vermächtnis soll rechtsbeständig sein, sofern es auch nur den Voraussetzungen der Fideikommisse entspricht; es genügt also insbesondere die Kodizillarform[8]).

Über das Recht der Vermächtnisse im einzelnen vgl. unten § 165.

### 3. Universalvermächtnis.

#### α. Universallegat.

Eine bloße Singularsukzession trat nach vorjustinianischem Recht auch dann ein, wenn als Vermächtnis ein Bruchteil der Erbschaft bestimmt war (heres meus cum L. Titio hereditatem meam partitor dividito). Durch ein solches Universallegat (legatum partitionis, partitio legata) trat der Legatar (legatarius partiarius) in kein Verhältnis zu den Erbschaftsgläubigern, die sich vielmehr an den Erben als alleinigen Universalsukzessor halten mußten. Der Erbe mußte sich also bei Übereignung der Erbschaftsaktiva die anteilsweise Erstattung der von ihm zu tragenden Erbschaftsschulden von dem Legatar versprechen lassen (sog. stipulationes partis et pro parte). In das justin.

---

nischer Sprache mit solennen Worten angeordnet werden; Fideikommisse können auch den Intestaterben und Vermächtnisnehmern, auch in nicht konfirmierten Kodizillen, ganz formlos und auch in einer fremden Sprache angeordnet werden. Die lex Voconia (S. 185) bezieht sich nicht auf den Erwerb von Fideikommissen durch eine Frau. Ein Latinus Iunianus kann kein Legat, wohl aber ein Fideikommiß erwerben. Das Legat begründet eine strikte Verpflichtung, beim Fideikommiß kann die Verpflichtung des Beschwerten durch Verzug um Zinsen und Früchte erweitert werden.

Allmählich wurden die Unterschiede zwischen Legat und Fideikommiß gemildert: Die Legate wurden auch ohne Verwendung bestimmter Wortformeln gültig (unten § 165 b); anderseits wurden die Fideikommisse durch das SC. Pegasianum gleich den Legaten dem Abzug der Falzidischen Quart unterworfen, und durch Justinian hinsichtlich der Rechtsbehelfe den Legaten gleichgestellt (unten § 165 f).

[8]) Bestehen blieb auch noch im justin. Recht ein Unterschied zwischen der Freilassung durch Testament und der Freilassung durch Fideikommiß; S. 170.

Recht ist das Partitionslegat nicht übergegangen; das Universalfideikommiß (β) trat an seine Stelle.

β. Universalfideikommiß.

Nach rR. galt, wie unten näher erörtert ist, der Grundsatz semel heres, semper heres. Es war also unmöglich, mehrere Erben nacheinander zu ernennen, in der Weise, daß der zuerst eintretende die Erbschaft von einem gewissen Zeitpunkt an oder beim Eintritt eines gewissen Ereignisses an den Nacherben herausgeben sollte. Da die Anordnung einer solchen Nacherbfolge jedoch aus wirtschaftlichen Gründen vielfach unentbehrlich war (zB. der kinderlose Erblasser wollte seinen Nachlaß seiner Frau für deren Lebenszeit zuwenden, ihn aber bei deren Tode seiner eigenen Familie zuführen), so half man sich durch die Zulassung eines sog. Universalfideikommisses oder Erbschaftsvermächtnisses. Hierbei erhielt der Erbe (als sog. Fiduziar) die Erbschaft, aber mit der — zuerst nur moralischen, seit Augustus aber im Wege der extraordinaria cognitio erzwingbaren (S. 944) — Verpflichtung, sie beim Eintritte des bestimmten Ereignisses dem nachgesetzten Erben (Fideikommissar) heraus zu geben. Hierbei geriet aber der Fiduziar in eine schwierige Lage, insofern, als nur er als Universalsukzessor des Erblassers den Nachlaßgläubigern verpflichtet war. Der Fideikommissar dagegen hatte nur einen persönlichen Anspruch gegen den Fiduziar auf Herausgabe des Nachlasses beim Eintritte des Fideikommißfalls, und anderseits war er, da er eben nur mittelbarer Nachfolger des Erblassers war, den Erbschaftsgläubigern nicht verhaftet. Hatte der Fiduziar also den Aktivnachlaß dem Fideikommissar pflichtgemäß herausgegeben, dann lief er Gefahr, den Erbschaftsgläubigern trotzdem Zahlungen leisten zu müssen. Nun pflegte sich freilich der Fiduziar gleich einem Erbschaftsverkäufer die Erstattung etwaiger Auslagen von dem Fideikommissar versprechen zu lassen; damit war er jedoch gegen die Gläubiger nicht geschützt (G. 2, 252).

a. Diesem Übelstande wollte das SC. Trebellianum (I. 2, 23, D. 36, 1, C. 6, 49) unter Nero (62 n. Chr.)

abhelfen. Es bestimmte (D. 36, 1, 1, 2), daß mit dem Augenblicke der Herausgabe des Nachlasses an den Fideikommissar dieser in jeder Beziehung, sowohl hinsichtlich der Aktiva als der Passiva, an die Stelle des Fiduziars treten sollte. Dadurch wurde der Universalfideikommissar aus einem bloßen Legatar zum mittelbaren Erben, und der Grundsatz „semel heres, semper heres" war damit tatsächlich verlassen[9]).

b. Einen Rückschritt bedeutete das 75 n. Chr. unter Vespasian erlassene SC. Pegasianum. Dieser Senatsbeschluß dehnte, um den Erben zum Antritte der Erbschaft zu veranlassen (I. 2, 23, 5) zunächst das Recht der sog. Quarta Falcidia (unten § 165 f 2 β) auf Universalfideikommisse aus, d. h. der Fiduziar sollte dem Fideikommissar in gleicher Weise, wie der Erbe dem Legatar gegenüber, ein Viertel der Erbschaft zurückbehalten dürfen. Ferner konnte nach dem SC. Pegasianum der Fiduziar auf Antrag des Fideikommissars zum Erbschaftsantritte — von dem das Wirksamwerden des Universalfideikommisses als eines Vermächtnisses abhing — durch prätorischen Zwang angehalten werden, in welchem Fall ihm aber der Quartabzug nicht zustand. Trat nun aber der Fiduziar die Erbschaft mit dem Quartabzuge freiwillig an, dann sollten die Vorschriften des SC. Trebellianum nicht zur Anwendung kommen; der Fideikommissar hatte dann also, wie nach älterem Rechte, die Stellung eines bloßen Singularsukzessors, der Fiduziar blieb den Nachlaßgläubigern verhaftet und mußte sich (durch stipulationes ad exemplum emptae et venditae hereditatis) die Erstattung etwaiger Zahlungen an die Nachlaßgläubiger bei Restitution des Nachlasses vom Fideikommissar versprechen lassen. Nur wenn der Fiduziar sich vom Prätor zum Erbschaftsantritte zwingen ließ (später auch wenn er

[9]) Das ABGB. hat den Grundsatz „semel heres, semper heres" nicht aufgenommen und gestattet, einen Erben als Nacherben in der Weise einzusetzen, daß er Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer (Vorerbe) Erbe geworden ist (fideikommissarische Substitution, § 608).

freiwillig, aber unter Verzicht auf die Quart antrat), trat der Fideikommissar mit der Restitution, wie nach dem SC. Trebellianum, völlig an die Stelle des Fiduziars.

c. Justinian bestimmte unter Aufhebung des SC. Pegasianum (exploso SC. Pegasiano, I. 2, 23, 7), daß der Erbschaftserwerb sich nach den Vorschriften des SC. Trebellianum richten, der Fideikommissar also, soweit die Erbschaft ihm übermittelt wäre, als Universalsukzessor an die Stelle des Fiduziars treten sollte. Übernommen wurde aber aus dem Pegasianum der Zwang zum Erbschaftsantritt und das Recht zum Abzuge der Quarta, die gemeinrechtlich unrichtig als „Quarta Trebellianica" bezeichnet wird. Das Nähere vgl. unten § 166.

4. Mortis causa capio[10]).

Ein Erwerb von Todes wegen kann nach rR. außer durch Erbeinsetzung und Vermächtnis auch noch auf andere Weise herbeigeführt werden. Hierhin gehören die folgenden Rechtsinstitute.

α. Donatio mortis causa (D. 39, 6, C. 8, 56).

a. Eine Schenkung von Todes wegen ist eine Schenkung, die an die Bedingung geknüpft ist, daß der Beschenkte den Schenker überlebt[11]). Sie enthält Bestandteile sowohl des Legats als auch der Schenkung unter Lebenden, stellt aber nach rR.[12]) ein von beiden unterschiedenes selbständiges Rechtsinstitut dar.

---

[10]) Vgl. D. 39, 6, 31, pr.: Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur.

[11]) I. 2, 7, 1: Mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere, quam eum cui donatur, magisque eum cui donat, quam heredem suum; ferner D. 29, 6, 32: Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur.

[12]) Das ABGB. versteht unter Schenkung auf den Todesfall nicht nur die durch das Überleben des Beschenkten bedingte Schenkung, sondern jede Schenkung, die erst nach dem Ableben des Schenkers erfolgen soll. Eine solche Schenkung wird nun entweder als Vertrag angesehen, wenn der Beschenkte sie angenommen hat und der Schenkende sich der Befugnis, sie zu widerrufen, ausdrücklich begeben hat; sonst als

1) Die d. m. c. ist gleich der Schenkung unter Lebenden ein Vertrag. Sie erfordert also Vertragsfähigkeit (nicht Testamentsfähigkeit, D. 39, 6, 25, 1) und Annahme seitens des Beschenkten. Sie ist ferner — bei dem Mangel eines Onerierten — von dem Schicksale der Erbschaft unabhängig, fällt also nicht fort, wie das Vermächtnis, wenn das Testament destitut, d. h. keiner der berufenen Erben Erbe wird (unten § 165 d 2). Endlich gilt das auf Grund einer d. m. c. Erlangte als vom Erblasser übergeben, nicht als aus dem Nachlaß erlangt; der Erbe hat gegen den Beschenkten daher nicht das interdictum quod legatorum (D. 43, 3, 1, 5; unten § 165 f 2).

2) Die d. m. c. ist anderseits doch eine Verfügung von Todes wegen (D. 39, 6, 37, pr.) Sie steht den Legaten zB. hinsichtlich des Anwachsungsrechts (C. 6, 51, 1, 14), der Zurücksetzung gegenüber den auf entgeltlichen Geschäften beruhenden Nachlaßverbindlichkeiten (D. 39, 6, 17), der Verletzung des Pflichtteilsrechts (D. 38, 5, 1, 1) und der Quarta Falcidia (D. 31, 77, 1) gleich.

b. Nicht jede in Hinblick auf den Tod (oder ein bestimmtes gefahrbringendes Ereignis) erklärte Schenkung ist eine donatio mortis causa; es kann vielmehr auch eine donatio inter vivos unter Hervorhebung des (rechtlich bedeutungslosen) Beweggrundes gemeint sein (D. 39, 6, 27). Welche Art der Schenkung beabsichtigt ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Hat der Schenker sich bis zu seinem Tode den Widerruf vorbehalten, so wird in der Regel eine Schenkung von Todes wegen beabsichtigt sein; es ist jedoch auch eine d. m. c. unter Verzicht auf das Widerrufsrecht zulässig (D. 39, 6, 13, 1).

c. Die rechtlichen Besonderheiten der donatio mortis causa sind:

1) Da sie begrifflich an die Bedingung (condicio

---

Vermächtnis, vorausgesetzt, daß sie in einer für Vermächtnisse vorgeschriebenen Form erfolgte (§§ 956, 603). Ist die Schenkung schon bei Lebzeiten des Schenkers vollzogen worden, so liegt eine gewöhnliche Schenkung unter Lebenden vor.

iuris, S. 285) geknüpft ist, daß der Schenker vor dem Beschenkten stirbt, so wird sie hinfällig, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt, geht also in diesem Fall auf die Erben des Beschenkten nicht über. Ist die Schenkung für den Fall des Todes des Schenkers in einer bestimmten Lebensgefahr (Krieg, Seereise) erklärt, so wird sie schon hinfällig, wenn der Schenker diese Gefahr überlebt (D. 39, 6, 2 ff.). Bei gleichzeitigem Versterben des Schenkers und des Beschenkten bleibt die d. m. c. rechtsbeständig (D. 39, 6, 26; anders beim Legat).

2) Statt der Insinuation (S. 535) genügt seit Justinian bei Schenkungen von mehr als 500 solidi die Kodizillarform (C. 8, 56, 4); geringere Schenkungen sind formfrei.

3) Die d. m. c. ist — als grundsätzlich frei widerruflich — auch unter Ehegatten zulässig (S. 538).

4) Ist der geschenkte Gegenstand dem Beschenkten bereits bei Lebzeiten des Schenkers übergeben, so kann dies entweder so geschehen, daß der Beschenkte nur Detention, aber erst beim Tode des Schenkers Besitz und Eigentum erhalten soll oder so, daß der Beschenkte sogleich Eigentümer werden, der Gegenstand aber im Falle des Vorversterbens des Beschenkten an den Schenker zurückfallen soll (revokables Eigentum, S. 684). Im ersteren Fall ist der Eigentumsübergang durch das frühere Versterben des Schenkers suspensiv-bedingt, im letzteren Fall ist er resolutiv-bedingt, so daß der Schenker im Falle des Todes des Beschenkten die rei vindicatio auf Herausgabe des Hingegebenen hat (D. 39, 6, 29). Die Absicht der Beteiligten kann aber im letzteren Fall — und das wird die Regel sein — auch dahin gehen, daß das zu Eigentum Hingegebene nicht von selbst mit dinglicher Wirkung an den Schenker zurückfallen, sondern dieser nur eine persönliche Klage (condictio causa data causa non secuta, D. 39, 6, 35, 3) haben soll.

### β. Condicionis implendae causa datum.

Eine letztwillige Zuwendung an jemanden kann in der Weise geschehen, daß der Erblasser den Erben unter der Bedingung einsetzt, daß er einem Dritten etwas leistet

(Numerius heres esto, si Titio centum dederit). Dann hat der Bedachte zwar nicht, wie ein Legatar, einen Anspruch auf das Zugewendete; der Erbe ist aber mittelbar zur Leistung gezwungen, denn nur so kann er die Erbschaft erwerben [13]).

Das condicionis implendae causa datum gilt hinsichtlich des Pflichtteilsrechts, der Quarta Falcidia, der Indignität, der Beschwerung mit einem Vermächtnis als Legat und unterscheidet sich von diesem nur dadurch, daß der Bedachte den bedingt Eingesetzten nicht zur Erfüllung zwingen kann.

γ. Zuwendung unter einer Auflage (modus).

a. Der Erblasser kann den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem Anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden (vgl. ABGB. §§ 709—712). Eine solche „Auflage" unterscheidet sich:

1) vom Vermächtnis dadurch, daß bei diesem der Vermächtnisnehmer einen Anspruch erhält, während bei der Auflage derjenige, zu dessen Gunsten sie gereicht, kein Recht hat, die Vollziehung zu verlangen (wenn auch vielleicht ein Anderer, s. u.); auch braucht ein durch die Auflage Begünstigter gar nicht vorhanden zu sein [14]);

---

[13]) In Rom wurde diese Rechtsform benutzt, um Personen, denen unmittelbar letztwillig nichts zugewendet werden konnte, besonders wegen Inkapazität (S. 915), mittelbar eine Zuwendung zu machen. Später wurde diese Umgehung der Kapazitätsvorschriften verboten (D. 39, 6, 9 und 36).

[14]) Verbindet der Erblasser mit einer Zuwendung eine gewisse Anordnung, so kann damit ein bloßer Rat (nudum praeceptum) gemeint sein; dann zieht diese Anordnung überhaupt keine Rechtsfolgen nach sich (D. 35, 1, 71, pr., zB. ich vermache meinem Neffen A 1000 K. zu einer Studienreise, zur Anschaffung eines Reitpferdes, zur Bezahlung seiner Schulden). Ein solches nudum praeceptum wird besonders dann regelmäßig vorliegen, wenn die Anordnung im Interesse des Honorierten selbst getroffen ist (sog. modus simplex oder causa impulsiva im Gegensatze zum modus qualificatus). Der Testator kann dem Bedachten aber auch eine rechtliche Verpflichtung haben auflegen wollen; vgl. zB. D. 30, 114, 14: Divi Severus et Antoninus rescripserunt eos, qui testamento vetant quid ali-

2) von dem im Wege einer bedingten Einsetzung Zugewendeten, wobei der Bedachte ebenfalls keinen selbständigen Anspruch hat (S. 951), dadurch, daß in diesem Falle — nach dem Grundsatze (S. 285[2]): die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht, der Modus zwingt, suspendiert aber nicht — der Eingesetzte erst durch Erfüllung der Bedingung das ihm Zugewendete erhält, während die Zuwendung unter einer Auflage dem Bedachten ohne weiteres anfällt und es sich nur fragen kann, ob und wie er zur Erfüllung der Auflage veranlaßt werden kann.

b. Die Auflage kann, wie erwähnt, von dem Begünstigten, selbst wenn ein solcher vorhanden ist, nicht erzwungen werden, wohl aber unter Umständen von anderen[15]).

1) Ist der Modus einem **Vermächtnisnehmer** auferlegt, so können die Erben auf Vollziehung klagen. Sie können ferner die Ausantwortung des Vermächtnisses von der Leistung einer Sicherheit abhängig machen (D. 32, 19), auch das schon Geleistete zurückfordern (D. 33, 1, 21, 3; 33, 2, 17).

2) Beim Vorhandensein mehrerer **Miterben** kann ein jeder mit der actio familiae erciscundae auf Erfüllung des einem oder allen auferlegten Modus bestehen (D. 10, 2, 18, 2; 33, 1, 7).

3) Liegt ein **öffentliches Interesse** vor, so kann die zuständige Behörde die Erfüllung verlangen (D. 5, 3,

---

enari nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere: quod si liberis aut posteris aut libertis aut heredibus aut aliis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse.

[15]) Eine **Auflage** kann insbesondere das Gedächtnis des Testators betreffen (Errichtung eines Grabmals) oder im Interesse des Publikums (Gestattung der Benutzung eines Parks, einer Gemäldesammlung) oder für Tiere (Verpflegung der Hunde des Erblassers bis zu ihrem Ableben) getroffen sein; vgl. D. 35, 1, 17, 4: Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori vel opus aut epulum (Mahl) municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret: sub modo legatum videtur.

50, 1); nach ABGB. § 817 und Pat. §§ 157—161 hat das Gericht die Erfüllung des letzten Willens zu überwachen.

5. Sonstiger Inhalt letztwilliger Verfügungen.

Abgesehen von Erbeinsetzungen, Vermächtnisanordnungen und sonstigen Zuwendungen können letztwillige Verfügungen enthalten: Freilassungen (S. 170), Anordnungen über Bevormundung und Erziehung der Kinder (S. 898), über das Begräbnis und die Erhaltung des Grabes, Substitutionen § 166 e 1 und Enterbungen (unten § 169).[16])

d. Leitende Grundsätze des Testamentsrechts.

Das römische Testamentrecht wird auch noch in jüngster Zeit von zwei Grundsätzen beherrscht, die ihre innere Begründung in dem das römische Erbrecht beherrschenden Prinzipe der Universalsukzession (S. 918) finden, sich historisch aber vermutlich aus dem Bedürfnisse der früheren Zeit entwickelt haben, die Erbregulierung, um sie nicht dem Verständnisse der Laiengeschworenen zu entrücken, möglichst einfach zu gestalten.

1. Nemo pro (oder ex) parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (S. 918). Hat

---

[16]) Nach modernem Rechte kann der Erblasser die Ausführung seines letzten Willens und die ordnungsmäßige Aufteilung des Nachlasses dadurch sichern, daß er einen Testamentsvollstrecker (erogator, executor ultimarum voluntatum) ernennt. Dieses Institut erhielt seine Ausbildung in Deutschland (Treuhänder oder Salmannen, zuerst zwecks Ausrichtung der Vergabungen pro salute animarum, der „Seelgeräte"). Freilich kam es bereits in Rom vereinzelt vor, daß der Erblasser Vertrauenspersonen, insbesondere einzelnen Miterben, die Ausrichtung gewisser Angelegenheiten auftrug (D. 31, 88, 1: A te peto, Titi, fideique tuae committo, uti curam condendi corporis mei suscipias, et pro hoc tot aureos e medio praecipito; vgl. D. 36, 1, 80, 1). In der christlichen Kaiserzeit wurde die Fürsorge für die Vollstreckung testamentarischer Anordnungen zu frommen Zwecken häufig kirchlichen Vertrauenspersonen übertragen; nötigenfalls hatte der Bischof für die Vollziehung zu sorgen (C. 1, 3, 28, Nov. 131). Von einem einheitlichen Institute der Testamentsvollstreckung, ABGB. §§ 816 ff., Pat. § 164, kann jedoch nach rR. keine Rede sein.

der Erblasser auch nur über einen Teil seines Nachlasses testiert, mit dem Willen, den Rest den Intestaterben zu überlassen, so erhalten die eingesetzten Erben dennoch mit Rechtsnotwendigkeit auch den Rest (D. 50, 17, 7, I. 2, 14, 5). Dieser Grundsatz wird jedoch aufgehoben, wenn ein Intestaterbe die Anfechtung des Testaments dem einen der eingesetzten Erben gegenüber durchgesetzt hat, während er dem anderen gegenüber unterlegen ist. Dann tritt der Anfechtende als Intestaterbe neben den Testamentserben (D. 5, 2, 15, 2).

2. Nemo cum duobus testamentis decedere potest. Das spätere Testament hebt also das frühere schon durch sein bloßes Vorhandensein auf, auch wenn es — z.B. wegen Entsagung seitens des eingesetzten Erben — gar nicht wirksam wird (Posteriore testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur, I. 2, 17, 2).

Jedoch gibt der Prätor aus zwei gleichzeitigen Testamenten bonorum possessio (secundum tabulas), indem beide als ein Testament behandelt werden (D. 37, 11, 1, 6).

Beide Regeln gelten nicht für das auch sonst vielfach bevorzugte Militärtestament (unten § 167 c 2 β b), sondern nur für die Testamente der Civilisten (pagani).[17])

[17]) Erstere Regel ist vom ABGB. aufgegeben worden, bezüglich der letzteren vgl. §§ 713 ff.

# Zweiter Abschnitt.

# Rechtliche Stellung des Erben.

## § 159. Erwerb der Erbschaft[1].

a. Erwerb der hereditas und der bonorum possessio.

1. Erwerb der hereditas.

Wie schon S. 916 dargelegt, war für den Erwerb einer Erbschaft auf Grund des Civilrechts (hereditas) zwischen domestici und extranei heredes zu unterscheiden (G. 2, 152 ff.).

*α.* Hauskinder (sui heredes)[2] und mit der Frei-

---

[1]) Vgl. D. 28, 8: De iure deliberandi, D. 29, 2: De adquirenda vel omittenda hereditate; C. 6, 30: De iure deliberandi et de adeunda vel adquirenda hereditate, C. 6, 31: De repudianda vel abstinenda hereditate.

[2]) Zu den sui gehören auch die uxor in manu des Erblassers oder seines Hausſohnes (S. 836) sowie der postumus suus, d. h. ein beim Tode des pater familias erzeugter, aber erst später geborener Abkömmling, der der patria potestas des Erblassers unterfallen wäre, wenn dieser den Geburtsfall erlebt hätte. Sui heredes sind jedoch an sich nicht alle Gewaltunterworfenen, sondern nur diejenigen, die durch den Tod des Erblassers gewaltfrei werden, also nicht zB. die Kinder eines hausabhängigen Sohnes (G. 2, 157). Ipso iure erwerben die Erbschaft aber auch solche Hausgenossen, die nicht unmittelbare sui sind und nicht durch das Gesetz, sondern durch Testament des Hausvaters zu dessen Erbschaft berufen werden; vgl. D. 29, 2, 6, 5: Interdum filii familias et sine aditione adquirent hereditatem his in quorum sunt potestate, ut puta si nepos ex filio exhere-

heit eingesetzte Hausſklaven[3]) (necessarii heredes) erwerben die Erbschaft ipso iure ohne ihr Wissen und ohne einen Willen äußern zu brauchen. Den domestici heredes fällt die Erbschaft daher auch zu, wenn sie geschäftsunfähig sind (I. 3, 1, 3). Ja sie haben nach älterem Rechte gar keine Möglichkeit, den Erwerb der Erbschaft abzuwenden. Erst durch das prätorische Recht wurde diese Folge gemildert.

a. Wollte der Erblasser seine sui vor der Gefahr schützen, bei überschuldetem Nachlasse die Nachlaßschulden mit dem eigenen Vermögen decken zu müssen, so konnte er dies anfänglich nur dadurch bewirken, daß er sie unter einer Potestativbedingung zu Erben einsetzte (D. 28, 7, 12: „si volet, heres esto"). Dann konnten die sui durch Erklärung ihres Nichtwollens sich der Erbschaft entziehen, falls diese hierdurch nicht erblos wurde. Um letzteres zu vermeiden, pflegte der Erblasser den sui einen mit der Freiheit eingesetzten Hausklaven zu substituieren; denn dieser mußte Erbe werden.

Erst durch das prätorische Recht erhalten die sui die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen (beneficium abstinendi). Dieses Recht geht für puberes, nicht aber für impuberes, verloren, sobald sie die Erbschaft an sich genommen haben (se immiscuerint hereditati, D. 29, 2, 57, pr.); puberes minores können jedoch gegen die Übernahme einer damnosa hereditas die in integrum restitutio beanspruchen (D. 29, 2, 57, 1). Der Abstinierende kann innerhalb von drei Jahren die Erbschaft wieder an-

---

dato heres sit institutus: patrem enim suum sine aditione faciet heredem et quidem necessarium.

Der innere Grund dafür, daß die sui die Erbschaft des pater familias ohne weiteres erwarben, war der, daß die Hauskinder schon bei Lebzeiten des Vaters als Mitberechtigte am Familienvermögen betrachtet wurden, so daß sie „post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur" (D. 28, 2, 11), eine Auffassung, die mit dem deutschrechtlichen Wartererechte Berührungspunkte hat.

[3]) Wird ein fremder Sklave durch Testament zum Erben eingesetzt, was zulässig ist (S. 914), dann erwirbt er die Erbschaft durch Antretung iussu domini.

nehmen, falls sie noch als solche vorhanden ist (D. 28, 8, 8, C. 6, 31, 6). Den sui können zur Erklärung über die Abstinenz auf Betreiben der Nachlaßgläubiger die gleichen Fristen gestellt werden, wie den fremden Erben zur Erklärung über den Antritt der Erbschaft (S. 959). Durch die Ausschlagung der Erbschaft wird bewirkt, daß nunmehr die nachfolgenden Erben (als Substituten, Miterben, Intestaterben) die Erbschaft erlangen können (D. 30, 89; 42, 1, 44).

b. Dem Sklaven ist das beneficium abstinendi versagt. Er wird also notwendig Erbe und der Konkurs wird, wenn die Erbschaft überschuldet ist, auf seinen Namen eröffnet. Die Einsetzung von Hausklaven erfolgte seitens überschuldeter Erblasser vielfach gerade zu dem Zweck, um den Schimpf eines Nachlaßkonkurses auf den Namen des Erblassers zu vermeiden. Der Sklave hat aber das beneficium separationis, d. h. er haftet für die Erbschaftsschulden nur mit den Erbschaftssachen, nicht mit dem von ihm als Freigelassenen neu erworbenen Vermögen.

β. Erben, die nicht in der Hausgewalt des Erblassers gestanden hatten, erwerben die Erbschaft nur durch ihren hierauf gerichteten Willen, durch Antretung der Erbschaft (aditio hereditatis).

a. Nach älterem Rechte konnte der Erblasser durch Testament vorschreiben, daß der Erbe sich über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft in rechtsförmlicher Weise durch Erklärung vor Zeugen binnen einer bestimmten Frist äußern müsse (sog. cretio, G. 1, 164 ff.: cernere est quasi decernere et constituere: „Quod me P. Mevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque"). Die Frist von regelmäßig 100 Tagen lief entweder vom Todestage (cretio certorum dierum, cretio continua) oder von der Kenntnis von der Berufung an (cretio vulgaris). War bei Fristversäumung exheredatio angeordnet, so lag cretio perfecta, sonst imperfecta vor. Unter Arkadius und Honorius (407 n. Chr.) wurde „cretionum scrupulosa sollemnitas" beseitigt (C. 6, 30, 17) und nach justin. Rechte kann der Erbschaftsantritt ebensowohl (I. 2, 19, 7) ausdrücklich (aditio) als still-

schweigend (durch konkludente Handlungen: Inbesitznahme des Nachlasses, Einziehung von Nachlaßforderungen, Bezahlung von Nachlaßschulden, sog. pro herede gestio, I. 2, 19, 7, D. 29, 2, 20) erklärt werden[4]).

b. Da der Entschluß über Antretung (aditio) und Ablehnung (repudiatio) einer angetragenen Erbschaft unwiderruflich ist (C. 6, 31, 3),[5]) so enthält das rR. gewisse Vorschriften, die eine Übereilung des Erklärenden verhindern sollten. Dies war um so notwendiger, als bis zur Einführung des beneficium inventarii durch Justinian (unten § 162 a) der Erbe unbedingt für die gesamten Erbschaftsschulden haftete.

1) Die Erklärung ist nicht vor der Berufung zur Erbschaft (delatio hereditatis) zulässig, also keinesfalls vor dem Tode des Erblassers, häufig aber erst zu einem späteren Zeitpunkte, zB. bei bedingter oder erst in zweiter Linie erfolgter Berufung (D. 29, 2, 21, 2); vgl. Pat. §§ 115, 118, 119.

2) Der Berufene („Delat") muß wissen, daß und aus welchem Grunde (Gesetz oder letztwillige Verfügung) er be-

---

[4]) Nicht stets bedeuten diese Vorgänge freilich, daß der Handelnde Erbe sein will: ceterum si quid pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio iure dominus, apparet non videri pro herede gessisse (D. 29, 2, 20, pr.). In derartigen Fällen kann sich der Handelnde gegen die Unterstellung einer pro herede gestio durch eine Protestation (S. 267) schützen (D. 29, 2, 20, 1).

[5]) Doch können Willensmängel die Erklärung nichtig (so Irrtum über die Identität der Erbschaft, nicht aber über deren Solvenz, D. 29, 2, 8, pr.) oder anfechtbar machen (so Zwang, D. 4, 2, 21, 5). Veranlaßt ein Erbschaftsgläubiger den Erben durch Betrug zur Antretung, so haftet er mit der actio doli, und seiner Klage steht die exceptio doli entgegen. Nach österr. Rechte findet der Übergang des Nachlaßvermögens auf die Erben nur durch gerichtliche Intervention statt. Der Erbe muß vor Gericht seine Erbserklärung, und zwar bedingt oder unbedingt, d. h. mit oder ohne Vorbehalt der Rechtswohltat des Inventars (S. 969), abgeben und den Erbrechtstitel ausweisen (ABGB. §§ 797 ff.). Die gerichtliche Erbserklärung kann nicht mehr widerrufen, noch eine unbedingte Erbserklärung in eine bedingte umgewandelt werden (ABGB. § 806).

rufen ist, ferner, ob als Alleinerbe („ex asse", S. 918[6]) oder nur zu einem Bruchteile (I. 2, 19, 7; D. 29, 2, 17; ABGB. § 799). Ungewißheit über den Tod des Erblassers, über die Bedingung, an die die Erbeinsetzung geknüpft ist, machen die Antrittserklärung nichtig (D. 29, 2, 32).

3) Die Erklärung des Berufenen ist kraft Gesetzes nicht an eine Frist geknüpft. Die usucapio pro herede, die ehemals auf eine baldige Erklärung des Erben hinwirkte, war später fortgefallen (S. 714[6]). Damit nun die Gläubiger nicht dauernd im ungewissen bleiben, an wen sie sich als Erben halten können, dürfen sie den Berufenen durch interrogatio in iure zu einer Erklärung veranlassen (D. 11, 1, 2—6). Erklärt der Berufene sich nicht, so können die Gläubiger die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragen. Der Berufene braucht sich jedoch nicht sogleich zu entscheiden, sondern kann vom Prätor ein spatium deliberandi erbitten, das vor Justinian regelmäßig 100 Tage betrug und dessen Versäumung als Ausschlagung der Erbschaft galt (l. 1 § 1 u. 2 l. 2 D. 28, 8). Justinian ordnete an, (C. 6, 30, 22, 13 u. 14), daß der Richter eine Überlegungszeit von höchstens neun Monaten, der Kaiser von höchstens einem Jahre gewähren könnte, und daß bei Verabsäumung der Abgabe einer Erklärung innerhalb der Deliberationsfrist die Erbschaft als angetreten gelten sollte. Der Berufene, der mit Erbittung einer Erklärungsfrist antrat, haftete (wegen der innerhalb der Frist ermöglichten Unterschleife) stets persönlich für die Erbschaftsschulden, ohne das beneficium inventarii für sich in Anspruch nehmen zu können (unten S. 971).[6])

---

[6]) Nach österr. Rechte wird dem Erben gemäß Pat. §§ 115 ff. eine angemessene Frist zur Abgabe der Erbserklärung vom Abhandlungsgerichte erteilt. Dem Erben kann aus erheblichen Gründen eine Bedenkzeit gewährt und diese Frist, jedoch nicht auf mehr als ein Jahr, verlängert werden (Pat. §§ 118, 119). Die Folge der versäumten Anbringung der Erbserklärung ist die, daß den übrigen Erben die Erbschaft eingeantwortet wird (Pat. § 120). Der so von der Abhandlung Präkludierte kann aber seine Erbansprüche auch später geltend machen.

c. Treffen für jemanden **mehrere Berufungsgründe** zusammen, so ist zB. der nächste Intestaterbe durch Testament berufen, so hat er die Wahl, aus welchem Berufungsgrunde er annehmen will; der im Testament eingesetzte Intestaterbe kann zB. aus dem Testament ausschlagen und ab intestato annehmen (D. 29, 2, 17, 1). Da nach rR. die Rechtsbeständigkeit der Vermächtnisse davon abhing, daß der im Testament eingesetzte Erbe aus dem Testament antrat, so konnte sich der im Testament eingesetzte Intestaterbe anfänglich von der Entrichtung der Vermächtnisse dadurch befreien, daß er ab intestato antrat. Dieser dolosen Handlungsweise trat jedoch der Prätor entgegen in dem Edikt (D. 29, 4, C. 6, 39): Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem (sc. „causa cognita de legatis perinde actionem dabo atque si hereditatem ex testamento adisset“).[7])

Ist jemand zu **mehreren Erbteilen** berufen (zB. wegen mehrfacher Verwandtschaft), so kann er nur alle zusammen annehmen oder ausschlagen (cum sit absurdum eiusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere, C. 6, 51, 1, 10 b);

b. Der Antritt der Erbschaft erfordert einen Willensentschluß des Berufenen und kann wegen der sich aus dem Antritt ergebenden Haftung für die Nachlaßschulden selbständig nur von einem Geschäftsfähigen erklärt werden. Der impubes bedarf deshalb der auctoritatis interpositio tutoris, der pubes, solange er minderjährig ist, des consensus curatoris (S. 242; ebenso ABGB. §§ 805, 233). Dagegen kann der Verschwender selbständig antreten (D. 29, 2, 5, 1). Der Berufene muß seine Erklärung ferner persönlich abgeben (D. 29, 2, 90, pr.), daher ist Vertretung im Willen un-

[7]) Nach österr. Recht steht den aus mehreren Berufungsgründen zur Erbschaft Berufenen die Wahl frei. Der testamentarisch zum Erben berufene Intestaterbe ist jedoch nach ABGB. § 808 nicht berechtigt, sich auf die gesetzliche Erbfolge zu berufen, um hierdurch den letzten Willen zu vereiteln. Er muß die Erbschaft aus dem letzten Willen antreten oder ihr entsagen. Nur Noterben können die Erbschaft mit Vorbehalt ihres Pflichtteils ausschlagen.

zulässig und ein noch nicht 7 Jahre altes Kind sowie ein Wahnsinniger können deshalb überhaupt nicht antreten. Für Kinder wird später Vertretung durch den Vater oder Vormund zugelassen (C. 6, 30, 18, pr. u. 2, S. 240); für Wahnsinnige aber kann ihr Kurator auch nach justin. Rechte nur eine vorläufige bonorum possessio (furiosi nomine, S. 967) erwerben (D. 29, 2, 63, C. 5, 70, 7; ähnlich ABGB. §§ 805, 233 u. KO. § 4).

e. Die Erbschaft muß so angetreten werden, wie sie deferiert ist; daher gilt teilweise Antretung der Erbschaft als Antretung der ganzen (D. 29, 2, 10). Die aditio hereditatis gehört ferner zu den actus legitimi, wird also durch Beifügung einer Bedingung (z B. der Zulänglichkeit des Nachlasses, D. 29, 2, 51, 2) oder Befristung nichtig (S. 287).

2. Erwerb der bonorum possessio.

Die bonorum possessio, also die auf das prätorische Recht gestützte Erbfolge, muß in allen Fällen, auch seitens der Hausgenossen, beim Prätor erbeten werden (agnitio) und zwar binnen bestimmter gesetzlicher Ausschlußfrist, die für Aszendenten und Deszendenten des Erblassers einen annus utilis, für sonstige Erben 100 dies utiles beträgt[8]).

b. Transmissionsfälle.

Da für die extranei heredes die delatio und die

---

[8]) Die verschiedenen Voraussetzungen des Erwerbs der hereditas und der bonorum possessio erhielten sich noch im justin. Recht, sind aber nicht in das Gem. Recht übergegangen. In diesem ist nur zu unterscheiden zwischen dem Erbschaftserwerbe der Hauskinder, der ipso iure eintritt, und dem der übrigen Erben, der einen Erbschaftsantritt voraussetzt. Im ABGB. ist auch dieser Unterschied fortgefallen: jeder Erbe erwirbt das Vermögen des Erblassers nach abgegebener Erbserklärung durch die Einantwortung der Erbschaft durch das Abhandlungsgericht. Die Erbsentschlagung muß, um unwiderruflich zu sein, ausdrücklich und gerichtlich erklärt werden und unbedingt sein. Sie kann sich auch auf einen von mehreren deferierten Erbteilen, nicht aber auf einen Teil der ganzen dem Berufenen angefallenen Erbschaft oder einen Teil seines Erbteils beziehen. In der unterlassenen rechtzeitigen Einbringung der Erbserklärung liegt noch keine Entschlagung (Pat. § 120, 128; vgl. Anm. 6).

acquisitio hereditatis zeitlich auseinander fallen, so fragt es sich, ob das Recht aus der Berufung sich vererbt, falls der Delat nach der Berufung, aber vor dem Antritte stirbt. Regel ist, daß das Recht aus der Delation höchstpersönlich und daher nicht vererblich ist (C. 6, 51, 1, 5: hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur, S. 917). Als Ausnahme wird jedoch, um der Familie des Berufenen die Erbschaft zu erhalten, unter bestimmten Voraussetzungen das Recht auf Annahme einer angefallenen Erbschaft auf den Erben des Berufenen übertragen, „transmittiert" (sog. Transmissionsfälle). Die Transmission gilt als Vererbung einer bereits erfolgten Berufung, nicht als neue Berufung; daher gelangte der Ersatzerbe (Vulgarsubstitut, unten § 164 e 2) des Berufenen nicht zur Erbfolge, falls Transmission eintritt („Transmission geht vor Substitution").

*α.* Die Transmissionsfälle sind:

a. Transmissio ex capite in integrum restitutionis.

1) Verliert der Berufene bei Lebzeiten infolge eines Grundes, der zur Restitution berechtigt, das Recht des Antritts der Erbschaft, so kann sein Erbe innerhalb der Restitutionsfrist die Wiedereinsetzung statt des Berufenen geltend machen (D. 4, 4, 24, 2).

2) Wenn der Berufene durch seinen Tod an dem Erbschaftsantritte verhindert worden ist und bei Lebzeiten den Erbschaftsantritt unter Umständen unterlassen hat, welche ihn zum Verlangen auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung berechtigt haben würden, zB. wenn der Berufene in Staatsgeschäften abwesend war (D. 29, 2, 86, pr.), so können seine Erben die Restitution verlangen.

b. Transmissio ex capite infantiae.

Ist ein — zum Erbschaftserwerbe nach älterem Recht auch nicht durch den gesetzlichen Vertreter befähigtes, S. 960 — Kind unter 7 Jahren zur Erbschaft berufen, so kann, wenn es vor dem Erwerbe stirbt, der Vater, selbst wenn er nicht die patria potestas über das Kind hat, die Erbschaft für

sich erwerben (Theodosius II. und Valentinian III. in C. 6, 30, 18, 1 ff.).

c. Transmissio Theodosiana.

Nach der l. un. C. de his qui ante apertas tabulas hereditates transmittunt 6, 52 (von Theodosius II. und Valentinian III. 450 n. Chr.) sollen die in einem Testamente berufenen Abkömmlinge des Erblassers, wenn sie nach diesem, aber vor Eröffnung des Testaments (also bevor sie von diesem Berufungsgrunde Kenntnis hatten und daher die Erbschaft antreten konnten, S. 957) sterben, ihren Erbteil auf ihre Abkömmlinge vererben. Da durch diese Vorschrift die Erbfolge weiterer Abkömmlinge in den Nachlaß der Vorfahren gesichert werden soll, so dehnte die herrschende Meinung sie auch auf den Fall aus, daß einer der eingesetzten Abkömmlinge nach der Testamentseröffnung, aber vor dem Erwerbe der Erbschaft stirbt.

d. Transmissio Iustinianea.

Endlich beseitigt Justinian (C. 6, 30, 19) den Grundsatz der Unvererblichkeit der Delation fast völlig durch die Vorschrift, daß, wenn der Berufene vor Ablauf eines Jahres seit Kenntnis von der Berufung oder innerhalb der Überlegungsfrist (von 9 Monaten, S. 959) stirbt, ohne die Erbschaft ausgeschlagen zu haben, der Rest dieser Fristen jedem Erben zustatten kommen soll.

β. Keine eigentlichen Transmissionsfälle sind:

a. die sog. transmissio ex capite suitatis, d. h. der Grundsatz der Vererblichkeit der einem Hauskinde deferierten Erbschaft; denn deren Erwerb erfolgte ohne Antretung mit dem Tode des pater familias (C. 6, 55, 8; S. 959);[9])

[9]) Nach österr. Rechte tritt der Erbanfall mit dem Tode des Erblassers ein. Hat daher der Erbe den Erblasser überlebt oder im Falle einer bedingten Erbseinsetzung die Erfüllung der Bedingung überlebt, so treten seine Erben, auch wenn der Erbe noch keine Erbserklärung abgegeben hätte, in sein Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, ein, es sei denn, daß sie der Erblasser ausgeschlossen

b. die sog. transmissio ex iure patrio, d. h. der von Justinian (C. 6, 61, 8) eingeführte Grundsatz, daß der Gewalthaber die von einem geschäftsfähigen Hauskind ausgeschlagene Erbschaft für sich erwerben könne; denn zum Begriffe jeder Transmission gehört, daß eine successio in delationem eintritt, von der nach Ablehnung der Delation seitens des Hauskinds keine Rede mehr ist[10]).

c. Hereditas iacens.

Im Falle der Berufung von extranei heredes tritt in der Zeit zwischen dem Erbfall, also dem frühesten Zeitpunkte der Berufung und dem Augenblicke des endgültigen Erwerbs ein Zustand der Ungewißheit über das künftige Schicksal der Erbschaft ein. Die Erbschaft „ruht" gewissermaßen in der Zwischenzeit (hereditas iacet, vgl. D. 43, 24, 13, 5). Die Behandlung der hereditas iacens hat gewechselt.

α. Nach älterem Rechte galt sie als herrenlos. So erklärt sich die S. 714[6] besprochene usucapio pro he-

---

oder andere Nacherben bestimmt hätte (§ 809). Die Transmission ist also nach österr. Rechte die Regel. Doch geht, anders als nach rR., die Substitution der Transmission vor. Dagegen geht die Transmission der sukzessiven Delation vor.

[10]) Von Transmission spricht man nur bei Vererbung des Rechts aus der Berufung, nicht bei Veräußerung desselben. Eine Veräußerung einer deferierten, aber noch nicht erworbenen legitima hereditas (ab intestato) war nach vorjustinianischem Recht in der Form der in iure cessio zulässig (G. 2, 35 ff.; 3, 85). Hierbei trat der Erwerber in Ansehung der Pflichten und Rechte völlig an die Stelle des Berufenen. Die Zession der Erbschaft seitens der necessarii heredes und der Testamentserben war nichtig. Im justin. Rechte dagegen findet sich nur noch die Veräußerung einer bereits erworbenen Erbschaft durch Erbschaftskauf, wobei der Käufer nur im Verhältnisse zum Verkäufer (dem Erben), nicht aber auch zu dritten an die Stelle des Erben tritt. Hierüber vgl. unten § 171. Nach österr. Rechte kann der überlebende Erbe die auch nur angefallene Erbschaft durch Verkauf übertragen (§§ 1278 ff.). Der Käufer kann die Erbschaft antreten. Die Rechte der Erbschaftsgläubiger, Vermächtnisnehmer, sowie jene der Erbschaftsschuldner werden durch den Verkauf nicht berührt; erstere können sich wegen ihrer Befriedigung sowohl an den Käufer wie an die Erben halten (§ 1282).

rede, welche daher gegenüber einem suus nicht galt, da dieser unmittelbar durch die Berufung erwarb, so daß ein Zwischenzustand nicht entstand (continuatio dominii, D. 28, 2, 11; S. 955).

β. Später wurde die Anschauung von der Herrenlosigkeit der hereditas iacens überhaupt aufgegeben. Man fingierte einerseits (sog. repräsentative Fiktion), daß die Rechtspersönlichkeit des Erblassers sich in dessen Nachlaß solange fortsetze, bis dieser in das Vermögen des Erben übergegangen sei (I. 2, 14, 2: nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti; vgl. S. 201[11]). Anderseits wurde (sog. retrotraktive Fiktion, Grundsatz der Kontinuität der Beerbung) der Erwerb der Erbschaft auf den Todestag des Erblassers zurückbezogen (D. 29, 2, 54: heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intellegitur; vgl. D. 50, 17, 138, pr.).

Der neueren Auffassung entsprechend wurde der usucapio pro herede (durch ein SC. Iuventianum, S. 715[6]) die Wirksamkeit gegenüber dem berufenen Erben entzogen und ferner die unbefugte Inbesitznahme von Erbschaftssachen (durch eine oratio Mark Aurels) als crimen expilatae hereditatis für strafbar erklärt.

Da die hereditas iacens sonach nicht herrenlos ist, kann der Nachlaß zwischen Berufung und Antritt sich auch vermehren und vermindern (accessionem et deminutionem recipit, zB. durch Fruchterwerb (D. 5, 3, 20, 5 ff.), Vollendung einer Ersitzung (D. 41, 3, 40), Rechtsgeschäfte der Erbschaftssklaven (D. 3, 5, 3, 6; 50, 16, 178, 1).[11])

[11]) Nach ABGB. § 547 wird die Verlassenschaft vor der Annahme des Erben so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde. Insofern der Erbschaftserwerb bis zur Einantwortung hinausgeschoben ist, kann von einer ruhenden Verlassenschaft als juristischer Person gesprochen werden. Dieser Schwebezustand findet nach außen sein Ende mit der Einantwortung. Bis dahin ist der erbserklärte Erbe Vertreter der Verlassenschaft wie ein Nachlaßkurator. Hinsichtlich des Rechtsverhältnisses nach innen (zwischen Erblasser und Erben) wird der Erbschaftserwerb auf den Anfallstag, d. i. den Todestag des Erblassers, zurückbezogen (ABGB. §§ 550, 810).

d. Vorläufiger Erbschaftserwerb.

In einigen Fällen erhalten gewisse Personen (durch bonorum possessio decretalis, S. 922) den vorläufigen Besitz der Erbschaft, teils weil sie die vermutlichen Erben sind, teils um ihnen oder den von ihnen vertretenen Personen ein zukünftiges Erbrecht zu sichern.

1. Wer in einem äußerlich fehlerfreien Testamente (test. prima facie s. figura iustum) als Erbe eingesetzt ist, kann Einweisung in den Besitz aller Nachlaßsachen beanspruchen; sog. missio ex edicto Hadriani oder remedium ex lege ultima Codicis de edicto divi Hadriani tollendo[12]). Die Herausgabe der Nachlaßsachen kann in diesem Verfahren wegen angeblicher Ungültigkeit des Testaments nicht verweigert werden; der Erbschaftsprätendent muß vielmehr seinerseits mit der hereditatis petitio klagen.

2. Nimmt ein Unmündiger eine Erbschaft als Kind des Erblassers in Anspruch und wird ihm die Kindeseigenschaft bestritten, so kann er, falls seine Behauptung nicht offenbar unrichtig ist, verlangen, daß ihm bis zur Beendigung des Prozesses, und falls dessen Entscheidung bis zur erreichten Mündigkeit ausgesetzt wird, bis zur Mündigkeit der Besitz des Nachlasses übertragen wird. Stellt er dem Gegner Sicherheit (satisdatio), so kann er ferner auch die Verwaltung des Nachlasses beanspruchen und aus letzterem seinen

---

[12]) Vgl. C. 6, 33, 3: . . . sancimus, ut, si quis heres ex asse vel ex parte competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum neque abolitum neque ex quacumque suae formae parte vitiatum, sed quod prima figura sine omni vituperatione appareat et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, et eam cum testificatione publicarum personarum accipiat. Hadrian hatte zur Ermöglichung einer beschleunigten Einziehung der Erbschaftssteuer (vicesima hereditatum, S. 82[1]) den Antrag auf Einweisung nur binnen Jahresfrist zugelassen. Diese Präklusivfrist beseitigte Justinian in der l. 3, C. 6, 33, da die Erbschaftssteuer schon seit Konstantin fortgefallen war. So erklärt sich die im Text erwähnte Überschrift des Codextitels 6, 33.

Unterhalt entnehmen, ohne für den Fall des Unterliegens zu einer Erstattung verpflichtet zu sein, sog. bonorum possessio ex edicto Carboniano (D. 37, 10, C. 6, 17). Der Besitz gewährt die vorteilhaftere Stellung eines Beklagten in dem künftigen Erbschaftsstreit (D. 37, 10, 6, 6).

3. Der curator eines furiosus kann namens des letzteren keine Erklärung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft abgeben (S. 960). Er kann vielmehr nur eine provisorische bonorum possessio furiosi nomine erbitten, durch welche der furiosus vorläufig die Stellung des Erben und das Recht auf Entnahme des Unterhalts aus der Erbschaft erhält. Wird der furiosus gesund, so hat er nunmehr selbst über Erwerb oder Ablehnung der Erbschaft zu entscheiden; stirbt er als Geisteskranker, so vererbt er die bloß vorläufig erworbene Erbschaft nicht auf seine Erben, sondern es ist der nächste Erbe des Erblassers — zur Zeit des Berufungsfalls, S. 931 — berufen (C. 5, 70, 7).

4. Der bedingt eingesetzte Testamentserbe erhält bis zur Entscheidung der Bedingung gegen Kaution eine vorläufige bonorum possessio secundum tabulas (D. 28, 5, 23, pr.).

Über die missio in possessionem ventris nomine (D. 34, 9) vgl. S. 163.[13])

## § 160. Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Der das rR. beherrschende Grundsatz des Eintritts des Erben in die vermögensrechtliche Stellung des Erblassers (Prinzip der Universalsukzession, S. 918) bewirkt vom Augenblicke des Antritts der Erbschaft an ein Zusammenfließen der beiden Vermögensmassen zu einer einzigen (confusio

[13]) Der erbserklärte Erbe kann gemäß ABGB. § 810 vom Gerichte die Besorgung und Benutzung der Verlassenschaft erhalten. Er hat hierbei nur die Befugnisse eines Vermögenskurators. Er darf jedoch weder etwas veräußern, noch die Substanz des Nachlasses angreifen, noch denselben belasten (vgl. Pat. § 145).

bonorum). Die Nachlaßgegenstände treten von selbst in das Eigentum des Erben und zwar ohne daß es besonderer Erwerbshandlungen bedürfte (vgl. z B. D. 41, 1, 62; nicht vererblich ist jedoch der Besitz, D. 6, 1, 55).[1]) Die Nachlaßforderungen sind Forderungen des Erben; die sonstigen Rechte des Erblassers, soweit sie nicht iura personalissima sind, wie die privilegia personae (vgl. D. 50, 6, 1, 1) oder mit dem Tode des Erblassers enden, wie der Nießbrauch (S. 790) und gewisse Ansprüche bis zur Litiskontestation (S. 374[8]), sind Rechte des Erben. Die zwischen dem Erblasser und dem Erben begründeten wechselseitigen Rechte und Verbindlichkeiten erlöschen durch Vereinigung (Konfusion), seien sie dinglicher (D. 30, 116, 4) oder obligatorischer Art (D. 18, 4, 1, 18). Anderseits sind die bisherigen Verbindlichkeiten des Erblassers nunmehr solche des Erben, soweit sie nicht — wie die Deliktsschulden, S. 374[8] — untergehen (vgl. ABGB. §§ 531, 548).[1a])

Dieser im älteren rR. ausnahmslos[2]) durchgeführte

---

[1]) Nach österr. Recht erfolgt die Übertragung des Besitzes bezw. Eigentums an die Erben durch die Einantwortung (§§ 797, 818, 819). Hinsichtlich unbeweglicher Güter bedarf es auch noch der bücherlichen Umschreibung (§§ 436, 819).

[1a]) Aus dem Zusammenfallen des ererbten mit dem eigenen Vermögen erklärt sich auch, daß der Erbe die von dem Erblasser über Vermögensstücke des Erben getroffenen Verfügungen anerkennen muß („heres facta defuncti praestare debet"), so daß derartige Veräußerungen (D. 21, 3, 1, 2) oder Verpfändungen (D. 20, 1, 22, anders freilich D. 13, 7, 41) konvaleszieren. Ebenso konvaleszieren Verfügungen, die der Erbe vor Annahme der Erbschaft über die zur Erbschaft gehörigen Gegenstände getroffen hat (D, 21, 3, 1, pr.). Vgl. S. 310 und hinsichtlich der Benefizialerben S. 970.

[2]) Freilich konnte der Erbe schon nach älterem Rechte gegen den Antritt der Erbschaft unter gewissen Umständen in integrum restitutio beanspruchen, aber dann hörte er eben auf, Erbe zu sein. Die in integrum restitutio wurde gewährt:

a. seit Hadrian dem Erben, der eine überschuldete Erbschaft in entschuldbarem Irrtum antrat, „speciali beneficio";

b. seit Gordian den Soldaten ohne weiteres (I. 2, 19, 6; vgl. C. 6, 30, 22, pr.: arma etenim magis quam iura scire milites sacratissimus legislator existimavit).

Grundsatz schädigt den Erben und dessen Gläubiger, wenn die von ihm übernommene Erbschaft sich als überschuldet herausstellt (damnosa hereditas); denn dann muß der Erbe für die Unterbilanz mit seinem Vermögen aufkommen. Es kann aber auch eine Schädigung der Nachlaßgläubiger eintreten, nämlich wenn der Nachlaß zu ihrer Befriedigung hingereicht hätte, der Erbe aber überschuldet ist. Im späteren rR. wurde der Grundsatz des Zusammenfallens der beiden Vermögensmassen daher durchbrochen: zugunsten des Erben durch das sog. beneficium inventarii (unten a), zugunsten der Nachlaßgläubiger durch das sog. beneficium separationis (unten b).

a. Beneficium inventarii.

Bis auf Justinian haftete der Erbe — abgesehen von den Haussklaven, S. 957 — für die Nachlaßverbindlichkeiten stets auch mit seinem eigenen Vermögen. Er konnte also vorsichtigerweise gar nicht anders als unter Erbittung einer Deliberationsfrist (S. 959) antreten. Um die hierdurch eintretende, eine schnelle Regelung verhindernde und daher dem Interesse der Nachlaßgläubiger widersprechende Verzögerung zu vermeiden, führte Justinian in C. 6, 30, 22 (531 n. Chr.) die Möglichkeit einer auf den Nachlaß beschränkten Haftung des Erben, das später sog. beneficium inventarii, ein.

1. Zur Erreichung der Haftungsbeschränkung muß der Erbe:

α. ohne Erbittung einer Deliberationsfrist antreten, denn die letztere soll durch Gewährung der Rechtswohltat gerade beseitigt werden;

β. rechtzeitig ein Verzeichnis des (aktiven und passiven) Nachlaßbestandes, ein sog. Nachlaßinventar, errichten.

---

Um den Erben zu veranlassen, eine zweifelhafte Erbschaft anzutreten, garantierten ihm die Gläubiger zuweilen durch Vertrag, daß sie ihn über den Wert des Nachlasses hinaus nicht in Anspruch nehmen oder sich mit einem Teil ihrer Forderungen begnügen würden (D. 44, 4, 4, pr.).

Dies Inventar ist binnen 30 Tagen seit Kenntnis von der Delation zu beginnen und binnen weiterer 60 Tage zu vollenden. Ist der Wohnsitz des Erben von dem Ort, an welchem der größere Teil des Nachlasses sich befand, entfernt, so hat der Erbe eine Frist von einem Jahre vom Tode des Erblassers an. Das Inventar ist unter Zuziehung eines tabularius (Notars) und der am Errichtungsorte vorhandenen Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer (oder mangels solcher unter Zuziehung von 3 Zeugen) zu errichten. Es ist vom Erben zu unterschreiben, von Analphabeten mit einem „venerabile signum" (crucis) zu versehen und muß von dem Erben auf Verlangen eines Nachlaßgläubigers als richtig und vollständig beeidigt werden (später sog. Manifestationseid). Während der Inventarfrist von 90 Tagen braucht der Erbe sich auf Nachlaßansprüche nicht einzulassen.

2. Hat der Erbe (der später sog. Benefizialerbe) rechtzeitig ein vorschriftsmäßiges Inventar errichtet, so wird sein Vermögen vom Nachlasse getrennt gehalten. Einerseits tritt also keine Konfusion ein, anderseits haftet den Nachlaßgläubigern und Vermächtnisnehmern nur der Nachlaß[3]) (nach Abzug der Begräbniskosten für den Erblasser, der Kosten für die Inventarerrichtung, der Forderungen des Erben gegen den Erblasser, C. 6, 30, 22, 9), nicht auch das eigene Vermögen des Erben. Der Erbe behält die Verwaltung des Nachlasses. Er kann die Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer in der Reihenfolge, wie sie sich melden, befriedigen, ist also an die im Konkurs einzuhaltende

[3]) Die Haftung der Erben mit dem Nachlasse bedeutet nach C. 6, 30, 22, 4: „ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant". Hiernach haften die Erben nach rR. den Nachlaßgläubigern persönlich bis zur Höhe des Schätzungswerts („pro viribus hereditatis"). In der gemeinrechtlichen Praxis wurde dagegen angenommen, daß die Erben nur mit den ererbten Sachen selbst („cum viribus") hafteten, so daß die Nachlaßgläubiger grundsätzlich nur die Nachlaßgegenstände angreifen dürften; nur soweit aus dem Nachlaß etwas, zB. durch Fruchterwerb oder Veräußerung, in das Vermögen der Erben geflossen sei, könnten die Nachlaßgläubiger die Erben persönlich in Anspruch nehmen.

Rangordnung nicht gebunden (C. 6, 30, 22, 4 a). Veräußert er mit Hypotheken belastete Nachlaßgegenstände, so können die dadurch um ihr Pfandrecht gebrachten Hypothekare sich nicht an die Erwerber, sondern nur an diejenigen halten, denen der Kaufpreis zugeflossen war. Ein gleiches Rückgriffsrecht haben nicht befriedigte Nachlaßgläubiger gegenüber befriedigten Vermächtnisnehmern [4]).

3. Tritt ein Erbe mit Erbittung einer Deliberationsfrist an, so kann er zwar, wie erwähnt, das beneficium inventarii nicht beanspruchen, vielmehr haftet er trotz Inventarerrichtung den Nachlaßgläubigern stets persönlich (C. 6, 30, 22, 14). Er muß aber trotzdem ein Inventar errichten, sonst haftet er auch den Vermächtnisnehmern unbeschränkt.

b. Beneficium separationis [5]).

Durch das prätorische Recht erhielten die Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer einen Anspruch auf Absonderung des Nachlasses vom eigenen Vermögen des Erben zwecks ihrer vorzugsweisen Befriedigung aus dem Nachlaß.

1. Voraussetzungen des — besonders im Falle des Konkurses des Erben praktisch wichtigen — beneficium separationis sind:

α. ein Antrag eines Nachlaßgläubigers oder Legatars, der den Erben noch nicht als Schuldner angenommen hatte („heredem secutus est", D. 42, 6, 1, 10 f. u. 15);

β. die Möglichkeit, die Trennung tatsächlich noch durchzuführen (D. 42, 6, 1, 12);

γ. die Stellung des Antrags vor Ablauf von fünf Jahren seit dem Erbschaftsantritte (D. 42, 6, 1, 13).

---

[4]) C. 6, 30, 22, 5: Cum satis absurdum est creditoribus quidem suum ius persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes legem accomodare; vgl. S. 337.

[5]) D. 42, 6: De separationibus, C. 7, 72: De bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis et de separationibus.

2. Die **Wirkung** der durch Urteil auszusprechenden Separation ist die Befugnis der Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer, vor den Gläubigern des Erben aus dem Nachlasse befriedigt zu werden. Die Verteilung erfolgt durch einen Nachlaßkurator, so daß aber die Erbschaftsgläubiger vor den Vermächtnisnehmern zu befriedigen sind (D. 42, 6, 6, pr.).

3. Streitig ist unter den röm. Juristen, ob die Nachlaßgläubiger, falls sie aus dem Nachlasse keine Befriedigung erlangten, sich für den Ausfall an den Erben persönlich halten könnten (so Papinian in D. 42, 6, 3, 2) oder ob die Erbittung des ben. sep. als Verzicht auf Inanspruchnahme des Erben aufzufassen sei (so Ulpian in D. 42, 6, 1, 17 und Paulus in D. 42, 6, 5).

4. Das ben. sep. steht nur den **Nachlaßgläubigern**, nicht auch den Gläubigern des Erben zu, sofern dieser die Befriedigung seiner Gläubiger durch Übernahme einer damnosa hereditas gefährdet; denn gegen Vermehrung der Schuldenlast durch den Schuldner ist kein Gläubiger geschützt (D. 42, 6, 1, 2: nam licet alicui adiciendo sibi creditorum creditoris sui facere deteriorem condicionem).[6])

---

[6]) Nach österr. Recht erfährt die Solidarhaftung der Erben (§§ 550, 820, 821) für die Nachlaßschulden eine Modifikation: a. durch die **Rechtswohltat des Inventars** und b. durch die **Absonderung der Verlassenschaft** von dem Vermögen des Erben.

a. Das Begehren um Inventarisierung muß zugleich mit der Erbserklärung eingebracht werden (bedingte Erbserklärung, §§ 800 u. 806). Die Folge der Inventarisierung ist, daß der Erbe den Erbschaftsgläubigern und Legataren nur nach Maßgabe des Nachlasses haftet (§ 802), daß die Haftung des Benefizialerben beim Vorhandensein mehrerer Miterben nur bis zur Höhe seines Erbteils reicht (§ 821), und daß seine eigene Forderung an den Nachlaß durch Konfusion nicht untergeht. Treten nur einige Erben bedingt an, so kommt die Rechtswohltat des Inventars bis zur Einantwortung auch den unbedingten Erben zustatten, nach der Einantwortung aber haften letztere auch mit ihrem eigenen Vermögen (§ 820). Zur Erforschung des Schuldenstandes haben die Erben das Recht, die Gläubigerkonvokation zu beantragen (§ 813). Bis nach verstrichener Konvokationsfrist kann der Erbe mit der Befriedigung der Gläubiger innehalten. Diese Konvokation hemmt auch die Exekution (EO. § 42 Z. 6). Die Konvokation hat die Wir-

## § 161. Die Rechtsbehelfe des Erben.

### a. Allgemeines.

Nach dem Prinzip der Gesamtnachfolge (S. 918) fällt der Nachlaß dem Erben als eine Vermögensgesamtheit (universitas iuris, S. 207) an, Wie S. 968 dargelegt, erwirbt der Erbe aber ferner unmittelbar mit dem Erwerbe der Erbschaft auch jedes einzelne zum Nachlasse gehörige Vermögensstück. Entsprechend dieser doppelten Rechtsbeziehung, in welcher der Erbe zum Nachlasse steht, gewährt das Recht dem Erben zur Erlangung der zum Nachlasse gehörenden Gegenstände sowohl eine besondere, auf das Erbrecht als solches gestützte Universalklage (hereditatis petitio, im ABGB. § 823 Erbschaftsklage genannt), als auch diejenigen auf die Rechte an den einzelnen Nachlaßgegenständen gegründeten Sonderklagen (rei vindicatio, obligatorische Ansprüche), die schon dem Erblasser zustanden und infolge des Erbfalls nunmehr auf den Erben übergegangen sind; vgl. ABGB. § 823 i. f. Die letzteren Klagen haben keine erbrechtliche Eigentümlichkeit und bedürfen daher hier keiner besonderen Erörterung. Außer der hereditatis petitio (unten b) ist aber noch ein zum Schutze der bonorum possessio geschaffener Rechtsbehelf, das interdictum quorum bonorum (unten c), zu erörtern.

---

kung, daß die nicht anmeldenden Gläubiger, soweit sie nicht ein Pfandrecht an dem Nachlasse haben, keinen Anspruch mehr haben, wenn die Nachlaßmasse durch die Befriedigung der angemeldeten Forderungen erschöpft ist (§ 813). Unterbleibt die Konvokation, so haftet der Erbe den nicht befriedigten Gläubigern bei Erschöpfung der Masse in dem Maße, als sie Zahlung im Falle der Konkurseröffnung erhalten haben würden (§ 815).

b. Das beneficium separationis steht den Erbschaftsgläubigern, Legataren und Noterben zu. Die Sonderung erfolgt durch gerichtliche Verwahrung oder Verwaltung durch einen Kurator. Das Vermögen bleibt auch nach der Einantwortung abgesondert und selbst der unbedingt Erbserklärte haftet nicht mehr mit dem eigenen Vermögen (§ 812). Eine Sorge für die Sicherstellung oder Befriedigung der Gläubiger findet von Amts wegen nicht statt (§ 811).

b. Hereditatis petitio.

1. Nach rR. ist die hereditatis petitio als vindicatio hereditatis (D. 5, 3, 8) ein Seitenstück zur rei vindicatio[1]); mit dieser wird eine bestimmte Sache, mit jener die hereditas (im Sinne von Nachlaß, nicht, wie manche annehmen, im Sinne von Erbrecht) aus dem Besitze des Beklagten herausverlangt. Ob der Kläger gegen den im Besitz eines Nachlaßgegenstands befindlichen Beklagten mit der dinglichen Universalklage, der hereditatis petitio, oder der dinglichen Singularklage, der rei vindicatio, vorgehen muß, hängt von dem Recht ab, welches der Beklagte sich an der Sache anmaßt[2]). Behauptet der Beklagte, daß er den angeblichen Nachlaßgegenstand auf Grund eines besonderen Rechtstitels, zB. als Eigentümer, Nießbraucher, Pfandgläubiger, hinter sich habe, so muß der Erbe die Singularklage anstellen. Denn die hereditatis petitio ist nur begründet, falls der Beklagte den Nachlaß oder einzelne seiner Bestandteile (rem hereditariam licet minimam, D. 5, 3, 9 und 10, pr.) unter Nichtanerkennung des vom Kläger beanspruchten Erbrechts zurückhält, nämlich wenn er besitzt entweder:

α. pro herede, d. h. auf Grund eines von ihm selbst beanspruchten Erbrechts, zB. wenn der gesetzliche Erbe

---

[1]) Das zeigt sich auch äußerlich in der Zusammenstellung der betreffenden Titel in den Quellen; D. 5, 3: De hereditatis petitione, 5, 4: Si pars hereditatis petatur, 5, 5: De possessoria hereditatis petitione, 5, 6: De fideicommissaria hereditatis petitione; und an diese Titel unmittelbar anschließend 6, 1: De rei vindicatione, 6, 2: De Publiciana in rem actione. Ebenso im Codex; C. 3, 31: De petitione hereditatis, 3, 32: De rei vindicatione.

[2]) Der Kläger erfährt dies mit Sicherheit erst aus der Einlassung des Beklagten; er konnte sich aber nach rR. nicht, wie nach neuerem Prozeßrechte (da mihi factum, dabo tibi ius, S. 346[3]), auf Vorbringen der Klagetatsachen beschränken, sondern mußte die actio, die er anstellen wollte, genau bezeichnen und wurde abgewiesen, wenn er die unrichtige actio gewählt hatte. Um ihm nun die Prüfung zu ermöglichen, welche Klage er anzustellen hatte, gewährte ihm das prätorische Recht die Befugnis, durch interrogatio in iure den Beklagten zu einer bindenden Äußerung darüber zu veranlassen, welches Recht an dem Streitgegenstand er beanspruchte (C. 3, 31, 11).

gegen den in den vorläufigen Besitz der Erbschaft gesetzten Testamentserben (S. 966) mit der Begründung vorgeht, daß das Testament rechtsungültig sei (ebenso ABGB. § 823); oder

β. pro possessore, d. h. ohne ein selbst nur vermeintliches Recht zum Besitze für sich anführen zu können[3]); anders nach österr. Rechte § 823 i. f.

2. Die Stellung des Beklagten war der hereditatis petitio[4]) gegenüber günstiger, als der rei vindicatio gegenüber; einmal in prozessualer Beziehung, insofern, als der in der hereditatis petitio auszufechtende Streit um das Erbrecht vor ein Kollegialgericht, das Zentumviralgericht[5]), gehörte und ferner das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien (controversia de hereditate) in einem einzigen Prozeß entschieden wurde; anderseits aber auch in materieller Beziehung, insofern, als der Beklagte im Erbschaftsprozesse hinsichtlich der ihm zu ersetzenden Verwendungen

---

[3]) D. 5, 3, 11 und 12: Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. sed an et is, qui scit, se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit. sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.

Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit „quia possideo" (S. 646[8]).

[4]) Die Formel der hereditatis petitio lautete nach Lenel: Si paret, hereditatem qua de agitur ex iure Quiritium $A^i$ $A^i$ esse, quidquid $N^m$ $N^m$ ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet, si arbitrio tuo id $A^o$ $A^o$ non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam $N^m$ $N^m$ $A^o$ $A^o$ condemna, si non paret, absolve.

Die h. p. gehörte nach Justinians Entscheidung (I. 4, 6, 28, C. 3, 31, 12, 3) zu den bonae fidei iudicia.

[5]) Das Zentumviralgericht war, wie im röm. Civilprozeß darzulegen ist, ein schon zur Zeit der 12 Tafeln vorhandener, aus 105 (später 180) Mitgliedern bestehender Gerichtshof zur Entscheidung aller Vindikationen (rei vindicatio, hereditatis petitio). Seiner Praxis verdankt auch das materielle Noterbrecht (querela inofficiosi testamenti, unten § 169 b 2) seine Ausbildung. Die lex Aebutia (S. 159) bezog sich nicht auf die zur Zuständigkeit der centumviri gehörenden Prozesse, für die daher auch später das Legisaktionenverfahren anwendbar blieb (G. 4, 95).

besser stand, als der Beklagte bei der rei vindicatio (S. 749). Wurde nun ein Erbschaftsbesitzer in einem Fall, in dem die hereditatis petitio zulässig war, mit der rei vindicatio belangt, so konnte er mit einer exceptio (praescriptio) quod praeiudicium hereditati non fiat (D. 44, 1, 13, C. 3, 31, 12) Abweisung dieser Singularklage verlangen.

3. Die hereditatis petitio geht auch gegen den fictus possessor (S. 745), d. h. denjenigen Nichtbesitzer, „qui dolo desiit possidere“ [6]) und „qui liti se obtulit“ (l. 13 § 13 und l. 45 D. 5, 3); sie steht anderseits als utilis hereditatis petitio auch dem bonorum possessor (h. p. possessoria, D. 5, 5), sowie dem Universalfideikommissar nach Erlangung des Nachlasses (vgl. D. 5, 6: De fideicommissoria hereditatis petitione) und dem Fiskus zu; ferner dem Erbschaftskäufer vom Fiskus ohne weiteres, anderen Erbschaftskäufern jedoch nur auf Grund besonderer Abtretung (D. 5, 3, 54, pr.). Ein Miterbe vindiziert seinen ideellen Anteil (D. 5, 4: Si pars hereditatis petatur).

4. Die hereditatis petitio geht als Universalklage auf alle im Besitze des Beklagten befindlichen Nachlaßgegenstände (iura und corpora, D. 5, 3, 18, 2). Diese werden, gleichgültig, ob der Beklagte den Gesamtnachlaß oder nur einzelne Sachen desselben — aber unter Nichtanerkennung des Erbrechts des Klägers, S. 974 — besitzt, als ein Sondervermögen behandelt, das — mit den späteren Vermehrungen, aber anderseits auch unter Berücksichtigung gewisser Verminderungen — den Streitgegenstand bildet. Aus dieser Behandlung ergeben sich hinsichtlich des Umfangs der here-

---

[6]) Dies wurde durch das heute, aber nicht in den Quellen, sogenannte SC. Iuventianum (D. 5, 3, 20, 6) bestimmt. Diese Bezeichnung beruht darauf, daß P. Iuventius Celsus zu den Konsuln des Jahres 129 n. Chr. gehörte, in welchem Jahre dieser Senatsschluß auf eine Oratio Hadrians hin erlassen wurde. Das SC. Iuventianum bezog sich anfangs nur auf die caducorum vindicatio des Fiskus, ist erst später auf die hereditatis petitio und alsdann auf die rei vindicatio ausgedehnt worden.

ditatis petitio wichtige Unterschiede gegenüber der rei vindicatio, wobei der leitende Gedanke ist, daß der Erbschaftsbesitzer nach Herausgabe der Erbschaft weder Nutzen noch Schaden haben soll.

α. Es gilt für die h. p. das Surrogationsprinzip (S. 208), so daß der Beklagte zB. den Kaufpreis veräußerter Nachlaßsachen erstatten muß[7]), während die rei vindicatio nur gegenüber dem fictus possessor auf eine Ersatzleistung gehen kann (S. 745).

β. Hinsichtlich der Haftung des Beklagten wird seit dem SC. Iuventianum, ebenso wie bei der rei vindicatio (S. 747), zwischen dem redlichen und dem unredlichen Erbschaftsbesitzer unterschieden (ebenso ABGB. § 824).

a. Der redliche Erbschaftsbesitzer hat nur das zu erstatten, um was er zur Zeit der Verurteilung noch bereichert ist (D. 5, 3, 20, 6: eos, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat — sc. condemnandos — quo locupletiores ex ea re facti essent); er haftet aber von der Litiskontestation an für jede durch sein Verschulden herbeigeführte Verschlechterung (D. 5, 3, 20, 11: incipit esse malae fidei possessor).

b. Der unredliche Besitzer haftet von der Erlangung des Besitzes oder der Kenntnis seines Nichtrechts an für jedes Verschulden, von der Litiskontestation an auch für Zufall (D. 5, 3, 40).

Der hauptsächlichste Unterschied gegenüber der rei vindicatio besteht darin, daß der bonae fidei possessor die vor der Litiskontestation verbrauchten Früchte bei der r. v. behält (fructus consumptos suos facit, S. 749), bei der h. p. ersetzen muß, soweit er zur Zeit des Urteils bereichert ist (D. 5, 3, 40, 1; 5, 3, 36, 4; nach ABGB. § 824 gelten hinsichtlich der Früchte der Erbschaft die bei der Eigentumsklage geltenden Grundsätze).

---

[7]) D. 5, 3, 22: Quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum. Ebenso ABGB. §§ 335, 824.

γ. Hinsichtlich der Verwendungen des Erbschaftsbesitzers ist zu unterscheiden:

a. Der redliche Erbschaftsbesitzer hat Anspruch auf Ersatz aller bis zur Klaganstellung gemachten Auslagen, nicht nur der notwendigen und nützlichen, wie der bonae fidei possessor gegenüber der rei vindicatio (S. 748), sondern auch der impensae voluptuariae, da auch diese seine Bereicherung vermindern. Von den nach der Litiskontestation gemachten Verwendungen erhält er dagegen nur die notwendigen und nützlichen erstattet.

b. Der unredliche Erbschaftsbesitzer hat Anspruch auf Ersatz nicht nur der notwendigen Auslagen, wie der malae fidei possessor, sondern auch der nützlichen, soweit der Nachlaß dadurch noch bereichert ist. Bezüglich der impensae voluptuariae hat er nur ein ius tollendi (D. 5, 3, 38 und 39).[8][9]

---

[8]) Nach ABGB. § 1042 sind Verwendungen, die der Erbe nach dem Gesetze selbst hätte machen müssen, zB. Erbsgebühren, Leichenkosten u. dgl., unter allen Umständen zu ersetzen, bezüglich der anderen Verwendungen gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Eigentumsklage, ABGB. § 824; vgl. ABGB. §§ 330—332, 335, 336, 338.

[9]) Nach österr. Rechte geht die Erbschaftsklage gegen denjenigen, dem die Erbschaft eingeantwortet wurde, gegen jene, welche ihr Erbrecht von dem gerichtlich anerkannten Erben ableiten, also auch gegen den Erbschaftskäufer, weiters gegen den Erben, welcher die Erbschaft im Prozeßwege von dem gerichtlich eingesetzten Erben erlangt hat, sowie gegen den Fiskus, wenn der Nachlaß kaduk wurde (ABGB. §§ 532, 832). Einzelne Erbschaftsstücke, die dem Erben vom Besitzer nicht unter Berufung auf ein eigenes Erbrecht vorenthalten werden, sind mit der Eigentumsklage einzuklagen (ABGB. § 823). Diese ist jedoch im Interesse des Verkehrs gegen gutgläubige Dritte, welche im Vertrauen auf die Einantwortung von dem gerichtlich eingesetzten Erben Erbschaftsstücke erworben haben, ohne Wirkung (ABGB. § 824). Die exceptio, quod praeiudicium hereditati non fiat kennt das ABGB. nicht.

Verschieden von der Erbschaftsklage ist die Erbrechtsklage. Bei dieser handelt es sich um die Feststellung des stärkeren Erbrechtstitels zwischen mehreren Erbprätendenten. Das Abhandlungsgericht hat bei widersprechenden Erbserklärungen denjenigen Erbprätendenten, dessen Erbrechtstitel als der schwächere sich darstellt, auf den Rechtsweg zu verweisen (Pat. § 126). Zugleich wird ihm eine Frist zur Klagsanbringung erteilt. Wird die Klage eingebracht, so ist mit der Ver-

5. Der Kläger muß beweisen, daß er erbberechtigt ist und daß der Beklagte Nachlaßsachen pro herede oder pro possessore hinter sich hat. Bestreitet der Beklagte wider besseres Wissen, Nachlaßgegenstände zu besitzen und wird dies vom Kläger bewiesen, so erhält dieser, ohne sein Erbrecht beweisen zu müssen, durch ein (dem interdictum quem fundum bei der rei vindicatio, S. 744[2], entsprechendes) interdictum quam hereditatem den Besitz des Streitgegenstands zugewiesen, und der Beklagte muß in einem neuen Prozesse sein besseres Recht dartun (D. 6, 1, 80).

Streitig ist, ob in dem Falle, daß Beklagter bestreitet pro herede oder pro possessore zu besitzen, sein Recht zum Besitz vielmehr auf einen Sondertitel gründet, der Beklagte diesen (Dernburg) oder der Kläger den Erbschaftsbesitz des Beklagten (Windscheid) zu beweisen hat.

6. Während des Erbschaftsstreits können die Nachlaßgläubiger von jeder Partei Befriedigung verlangen (C. 3, 31, 12, 1); die Nachlaßschuldner brauchen nur gegen Sicherheitsstellung zu zahlen (C. 3, 31, 12, pr.).

c. Interdictum quorum bonorum (I. 4, 15, 3, D. 43, 2, C. 8, 2).

Wer vom Prätor die bonorum possessio zugewiesen erhalten hat, was im jüngsten rR. noch für die Fälle der vorläufigen Einweisung von praktischer Bedeutung ist (S. 966), erhält durch ein — nach den Eingangsworten benanntes — interdictum (adipiscendae possessionis) Quorum bonorum[10]) die Möglichkeit, sich in den Besitz der körper-

lassenschaftsabhandlung bis zur Austragung des Rechtsstreits inne zu halten (Pat. § 127). Über den Gerichtsstand in Rechtsstreitigkeiten aus Anlaß von Verlassenschaftsangelegenheiten vgl. JN. § 77. Der mit der Erbschaftsklage Belangte kann zur eidlichen Angabe des Nachlaßvermögens verhalten werden (Manifestationseid, EGCPO. Art. XLII).

[10]) Vgl. D. 43, 2, 1, pr.: Ait praetor: „Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore (S. 975) possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere (S. 976), id illi restituas". Vgl. G. 3, 34.

lichen Nachlaßsachen zu setzen. Das i. q. b. ist gleich der hereditatis petitio nur gegen Besitzer gerichtet, die pro herede oder pro possessore besitzen; der Kläger braucht aber sein Erbrecht nicht, wie bei der h. p., zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen. Der Beklagte muß ihm dann die Nachlaßsachen herausgeben und seinerseits in einem neuen Prozeß als Kläger die hereditatis petitio anstellen und hierbei beweisen, daß die bonorum possessio, auf Grund welcher der Gegner im Interdiktenprozeß gesiegt hat, ihm gegenüber „sine re" (S. 923) ist[11]).

## § 162. Mehrheit von Erben.

### a. Bis zur Auseinandersetzung.

Hinterläßt der Erblasser mehrere (gesetzliche oder testamentarische) Erben (Miterben, coheredes), so entsteht unter ihnen in Ansehung des Nachlasses eine communio incidens (S. 596). Wie bei sonstigen Gemeinschaftsverhältnissen geht das rR. hierbei von einer „individualistischen" Auffassung aus, indem es jedem Miterben soweit als möglich an jedem Nachlaßgegenstande Sonderrechte und an jeder Nachlaßschuld Sonderpflichten zuweist. Das bedeutet im einzelnen:

1. Die Rechte an körperlichen Sachen (Eigentum,

---

[11]) Ursprünglich war das interdictum quorum bonorum der einzige dem bonorum possessor zustehende Rechtsbehelf. Später erhielt der b. p. auch die hereditatis petitio als utilis (possessoria) und das i. q. b. wurde nun ein summarischer, d. h. in einem abgekürzten Verfahren zu verhandelnder, eine nur vorläufige Entscheidung herbeiführender Rechtsbehelf. Doch ist dies für das rR. sehr bestritten. Jedenfalls aber hat die gemeinrechtliche Praxis das i. q. b. zu einem summarischer Rechtsbehelf ausgestaltet. Dem ABGB. ist ein besonderer possessorischen Rechtsschutz des „prima facie Erben" unbekannt (S. 966). Das Abhandlungsgericht hat dem Erben oder dessen gesetzmäßigen Vertreter, dessen Erbrecht hinreichend ausgewiesen ist (ABGB. § 810), die Besorgung (Verwaltung) und Benutzung der Verlassenschaft zu überlassen (ABGB. § 810 und Pat. § 145). Ist zwischen mehreren Erbansprechern ein Erbschaftsstreit anhängig, so steht jedem Teile frei, einstweilen die gerichtliche Sequestration des Nachlasses anzusuchen (Pat. § 127).

Nießbrauch, Superfizies, Emphyteuse, D. 10, 2, 10) gelten als unter den Miterben nach den ihren Erbteilen entsprechenden Bruchteilen als ideell geteilt; jeder Miterbe kann über seinen ideellen Anteil an jeder Nachlaßsache ohne Mitwirkung der übrigen Erben verfügen (D. 10, 2, 54). Die Auseinandersetzung unter den Miterben, d. h. die Umsetzung der ideellen in reelle Teile, erfolgt im Prozeßwege durch Anstellung der actio familiae erciscundae (S. 982).

2. Die teilbaren Nachlaßforderungen und Nachlaßschulden gelten — nach einem schon in den 12 Tafeln aufgestellten Satz — als unter den Miterben „reell" geteilt („nomina ipso iure sunt divisa", nach C. 3, 36, 6: ea quae in nominibus — Nachlaßforderungen und -schulden — sunt non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt). Die Gemeinschaft der Miterben löst sich also insoweit von selbst auf und es bedarf hierfür keiner Auseinandersetzung. Die Folge davon ist:

*α.* Jeder Miterbe kann eine teilbare (S. 402) Nachlaßforderung, also insbesondere eine Geldforderung, zu seinem Anteile selbständig geltend machen und wegen jeder teilbaren Nachlaßschuld, insbesondere einer auf Geld gerichteten, anteilsweise belangt werden.

*β.* Soweit ein Miterbe Nachlaßgläubiger oder Nachlaßschuldner war, tritt in Höhe seines Anteils Konfusion ein (D. 46, 1, 50, C. 4, 16, 6).

*γ.* Der Nachlaßschuldner kann gegen die ererbte Teilforderung eines Miterben mit persönlichen Forderungen gegen ihn aufrechnen.

*δ.* Umgekehrt muß sich ein Nachlaßgläubiger bei Belangung eines Miterben dessen persönliche Forderungen entgegensetzen lassen.

3. Unteilbare Nachlaßansprüche kann jeder Miterbe in voller Höhe geltend machen; für unteilbare Nachlaßschulden haftet jeder Miterbe solidarisch (D. 10, 2, 25, 9 u. 10).[1])

[1]) Nach österr. Rechte besteht zwischen mehreren Miterben bis zur Erbteilung eine Gemeinschaft, welche sich nach den Grundsätzen über

b. Die Auseinandersetzung unter den Miterben.

1. Allgemeine Grundsätze.

*α.* Soweit nach dem vorstehenden eine Gemeinschaft unter den Miterben besteht, entsteht unter ihnen ein Quasikontraktsverhältnis (S. 395[8]), wobei aber jeder Miterbe den übrigen nur für diligentia quam suis haftet (S. 425). Dieses Verhältnis kann aber in der Regel jederzeit aufgelöst werden, und dieses Recht auf Erbteilung kann auf die Dauer weder durch Anordnungen des Erblassers noch durch Vereinbarungen der Miterben ausgeschlossen werden (D. 10, 3, 14, 2, vgl. ABGB. §§ 830—832). Auch durch die noch zu erwartende Geburt eines Miterben wird die Erbteilung nach rR. (anders nach ABGB.) nicht gehindert; es wird dann unterstellt, daß Drillinge zur Welt kommen könnten und es werden daher drei Erbteile für den nasciturus zurückbehalten (D. 5, 4, 3 u. 4; 34, 5, 7, pr.).

*β.* Die Auseinandersetzung erfolgt nach rR., wenn sie nicht durch Vereinbarung der Miterben außergerichtlich geschieht (D. 2, 14, 35), im Civilprozeßverfahren, indem der die Auflösung der Erbgemeinschaft beanspruchende Miterbe gegen die übrigen (ob notwendigerweise gegen alle, ist streitig, D. 10, 2, 2, 4, C. 3, 36, 17), die actio familiae erciscundae (D. 10, 2, C. 3, 36) erhebt[2]). Wie alle auf

---

die Gemeinschaft des Eigentums (ABGB. §§ 825 ff.) richtet. Die Gemeinschaft dauert bis zur reellen Teilung. Diese steht im Belieben der Erben und kann auch außergerichtlich, vor oder nach der Einantwortung erfolgen. Nur beim Vorhandensein minderjähriger oder pflegebefohlener Erben ist die gerichtliche Erbteilung obligatorisch; vgl. Pat. §§ 165—171.

Für die Nachlaßschulden haften mehrere Miterben vor der Einantwortung solidarisch (§ 550). Die Erben haben bis zur Einantwortung nur die Stellung eines Nachlaßkurators. Nach der Einantwortung haften die unbedingt erbserklärten Erben solidarisch, unter sich nach Verhältnis ihrer Erbteile (ABGB. § 820); dagegen die bedingt erbserklärten Erben nur nach Verhältnis ihrer Erbteile (ABGB. § 821).

[2]) Die actio familiae erciscundae entstammt schon den 12 Tafeln.

eine Auseinandersetzung gerichteten Klagen führt auch die a. f. e. ein iudicium duplex herbei (S. 597) und der Richter hat hinsichtlich der Art und Weise der Auseinandersetzung völlig freie Hand. Nur ist er an die Vereinbarungen der Miterben (D. 10, 3, 21) und die etwaigen Anordnungen des Erblassers gebunden (C. 3, 36, 10). Die teilbaren Forderungen und Schulden kommen als schon ipso iure geteilt (S. 981) regelmäßig nicht in Betracht. Der Teilungsrichter kann aber aus Zweckmäßigkeitsgründen auch sie in die Teilungsmasse hineinziehen (D. 10, 2, 3). Dagegen werden von der Teilung ausgenommen:

a. vom Erblasser unredlich erworbene Sachen; sie sind den Berechtigten zurück zu gewähren (D. 10, 2, 4, 2);

b. verbotene Gegenstände (D. 10, 2, 4, 1: mala modicamenta et venena; libri improbatae lectionis, magici forte vel his similes);

c. das Testament und sonstige Urkunden; sie sind regelmäßig dem Haupterben zur Verwaltung zu übergeben (D. 10, 2, 4, 3 ff.; vgl. Abh. Pat. §§ 68, 69, 70 u. 175);

d. Begräbnisplätze; sie bleiben ungeteilt (D. 10, 2, 30).

Der Teilungsrichter hat die Übereignung der den einzelnen Erben zugeteilten Sachen durch die adiudicatio (S. 160[1], D. 10, 2, 22, 1 u. 2) und die Begründung der den einzelnen Erben zugunsten der übrigen auferlegten Verpflichtungen durch die condemnatio des Teilungsurteils (D. 10, 2, 55) auszusprechen. Er hat hierbei auch in Rücksicht zu ziehen, was die einzelnen Erben auf Grund des zwischen ihnen bis zur Erbteilung bestehenden Quasikontraktsverhältnisses, besonders für Verwendungen und Auslagen für die Erbschaft, voneinander zu beanspruchen haben (C. 3, 36, 18, 1).

---

Dagegen erfolgt die Erbteilung heute in der Regel als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit entweder von Amts wegen beim Vorhandensein minderjähriger oder pflegebefohlener Erben oder über Einschreiten der großjährigen Erben nach Maßgabe der Bestimmungen der Pat. §§ 165—171. Nur in streitigen Fällen wird die Erbteilung mit der Erbteilungsklage bewirkt werden.

Die Miterben stehen sich untereinander für Entwehrung (S. 519) des ihnen Zugeteilten ein (D. 10, 2, 25, 21).

2. Kollation.

Unter Umständen haben Deszendenten des Erblassers, die zu Miterben berufen sind, vor der Teilung gewisse Stücke ihres eigenen Vermögens in die Erbteilungsmasse einzuwerfen, sog. Kollations- oder Ausgleichungspflicht.

Im rR. sind zwei nach Voraussetzungen und Wirkungen voneinander zu trennende Kollationsinstitute zu unterscheiden: die ältere sog. Emanzipatenkollation und die jüngere, im justin. Recht allein noch vorhandene sog. Deszendentenkollation; die erstere beruhte auf der verschiedenen Erwerbsfähigkeit der Deszendenten des Erblassers, welche sui iuris und derjenigen, welche alieni iuris waren, die letztere auf dem Gedanken, daß kein Deszendent mehr aus dem Vermögen des Erblassers erhalten solle als der andere, und daß das bei Lebzeiten des Erblassers Empfangene daher anzurechnen sei.

α. Emanzipatenkollation.

a. Nach Civilrecht erwarb das Hauskind (der suus und die sua) alles für den pater familias, wogegen das emanzipierte Kind selbständig erwerbsfähig war (S. 881). Dem entsprach, daß bei der Beerbung des Vaters ab intestato die familia, das Hausvermögen, allein an die sui fiel, während die Emanzipierten nicht miterbten (S. 920). Nun berief später das prätorische Edikt alle, auch die emanzipierten Abkömmlinge, zur bonorum possessio (unde liberi und contra tabulas, S. 924 und unten § 169 b 1 β). Um die hierdurch eintretende Benachteiligung der sui auszugleichen (vgl. D. 37, 6, 1, pr.), bestimmte das prätorische Edikt, daß die Emanzipierten neben sui nur dann zur bonorum possessio unde liberi zuzulassen seien, wenn sie ihr beim Tode des Vaters vorhandenes eigenes Vermögen einzuwerfen bereit wären (sog. collatio bonorum).[3])

[3]) Vgl. D. 37, 6: De collatione bonorum, D. 37, 7: De dotis collatione; C. 6, 20: De collationibus.

b. Als im späteren Rechte der Grundsatz der Erwerbsunfähigkeit der Hauskinder sich abschwächte und die Hauskinder, vom peculium profecticium abgesehen, alles für sich selbst erwarben, verlor die Kollation in gleichem Maß ihre Grundlage, und die Emanzipierten hatten nunmehr nur das vom Vater Überkommene zu konferieren.

c. Im Anschluß an die Emanzipatenkollation bildete sich der Grundsatz aus, daß die Tochter, die bei ihrer Verheiratung eine dos (profecticia oder adventicia)[4]) mitbekommen hatte, diese selbst dann zu konferieren hatte, wenn sie trotz ihrer Verheiratung Haustochter geblieben war. Denn die dos fiel beim Tode des Vaters an sie selbst (S. 860); sie wäre also vor den anderen sui im Vorteile gewesen, wenn sie neben diesen ohne weiteres ihren Anteil vom väterlichen Nachlaß erhalten hätte.

*β.* Die Deszendentenkollation.

Justinian hat das gesamte Intestat- und Noterbrecht in den Novellen 118 und 115 auf neue Grundlagen gestellt (S. 926 und unten § 169 c) und damit nach richtiger Ansicht

---

Die Kollation erfolgte dem Zwecke des Instituts entsprechend nur bei der Intestat- und der Noterbfolge, nicht auch bei der Testamentserbfolge (C. 6, 20, 1), ferner nur gegenüber sui, nicht gegenüber den anderen Emanzipierten (D. 37, 6, 1, 24) und endlich auch den sui gegenüber nur, wenn deren Erbteil durch die Teilnahme des Emanzipierten geschmälert wurde (gemeinrechtlich durch das Sprichwort ausgedrückt: ei confertur, cui aufertur), so daß also zB. ein Emanzipierter, der — nach der nova clausula Iuliani de coniungendis cum emancipato liberis eius, S. 925[4] — mit seinen eigenen in der Gewalt des Erblassers verbliebenen Kindern und sonstigen sui konkurrierte, nur seinen Kindern gegenüber kollationspflichtig war, da er nur deren Erbteil schmälerte (D. 37, 6, 1, 5).

Dem Kollationspflichtigen wurde sein Erbteil erst ausgehändigt, wenn er das zu Konferierende entweder in Natur zur Teilung gebracht oder für die Erfüllung dieser Pflicht Kaution geleistet hatte (D. 37, 6, 1, 11: aut re aut cautione facienda collatio est). Stellte sich dann heraus, daß sein Erbteil geringer war als das Konferierte, so erhielt er das Mehr nicht zurück („plus confert quam aufert").

[4]) In der späteren Kaiserzeit (C. 6, 20, 4) hatte die sua nicht nur den sui, sondern auch den emanzipierten Geschwistern die dos profecticia zu konferieren (nicht aber die dos adventicia).

die ältere collatio bonorum gänzlich beseitigt. Die neuere, vom Kaiser Leo in einer Konstitution von 472 (C. 6, 20, 17) begründete, von Justinian (C. 6, 20, 19 u. 20, Nov. 18, 6) fortgebildete Kollation beruht auf dem Gedanken, daß es der Billigkeit und der vermutlichen Absicht des Erblassers entspräche, daß gemeinsam erbende Abkömmlinge gleich viel aus dem Vermögen ihres Vorfahren erhielten. Dies wurde durch den Satz erreicht, daß jeder Miterbende Abkömmling die bei Lebzeiten des Erblassers aus dessen Vermögen erhaltenen größeren Zuwendungen den übrigen Abkömmlingen gegenüber zum Ausgleiche zu bringen habe.

a. Einzuwerfen sind nach rR.[5]: eine dos, eine donatio propter nuptias und eine militia (Kauf eines Amtes, unter gewissen Umständen seit Justinian auch eine sonstige Schenkung (C. 6, 20, 20, 3).

b. Kollationspflichtig sind nur miterbende Abkömmlinge einander gegenüber (C. 6, 20, 17); vgl. ABGB. § 790.

c. Die Ausgleichung hat auch zu erfolgen, wenn die Beerbung sich auf ein Testament gründet, es sei denn, daß der Erblasser hierüber besonders bestimmt hat (nisi expresse disposuerit se collationem fieri nolle, Nov. 18, 6).[6] [7]

---

[5] Nach ABGB. § 790 muß bei der gesetzlichen Erbfolge konferiert werden das Heiratsgut seitens der Tochter oder Enkelin, dann vom Sohn oder Enkel, was ihm zur Ausstattung oder unmittelbar zum Antritt eines Amts oder Gewerbes gegeben wurde, sowie was zur Bezahlung der Schulden eines minderjährigen Kindes verwendet wurde.

[6] Nach ABGB. § 796 geschieht die Anrechnung bei der testamentarischen und vertragsmäßigen Erbfolge nur dann, wenn sie vom Erblasser ausdrücklich verordnet wurde.

[7] Von den zahlreichen die Kollation betreffenden Streitfragen des Gem. Rechts seien hervorgehoben die Fragen:

a. ob Enkel konferieren müssen, was sie zu einer Zeit erhalten hatten, als sie noch nicht unmittelbare Erbberechtigte waren (zu verneinen, weil sie dies nicht auf ihren Erbteil erhalten hatten; anders ABGB. § 790 i. f.);

b. ob Enkel konferieren müssen, was ihr verstorbener Vorfahr erhalten hatte (zu bejahen, da sie nur den Erbteil ihres Vorfahren erhalten sollen; ebenso ABGB. § 790 i. f.);

c. ob der Kollationspflichtige, wenn das Vorempfangene seinen Erbteil übersteigt, den Überschuß herauszahlen müsse (mit Dernburg gegen die herrschende Meinung zu verneinen, da der Zweck der Kollation nicht mehr ist — vgl. S. 984 —, die Zulassung zur Erbfolge zu ermöglichen, sondern nur, eine gleichmäßige Teilung des Nachlasses herbeizuführen; ebenso ABGB. § 793).

# Dritter Abschnitt. Testament.

## § 163. Testament. Allgemeine Vorschriften. [1])

### a. Testierfreiheit.

Wie S. 939 dargelegt, geht das rR. davon aus, daß der Erblasser befugt ist, durch Testament (letztwillige Verfügung), d. h. durch einseitiges Rechtsgeschäft von Todes wegen, verbindliche Anordnungen auf den Todesfall zu treffen.

Die Testierbefugnis ist ein unverzichtbares und unveräußerliches Rechtsgut (S. 940). Daraus folgt, daß der Testator grundsätzlich alle Verfügungen auf den Todesfall persönlich treffen muß und diese Anordnungen nicht dritten übertragen kann.

1. Unzulässig ist daher die Anordnung in einem Testamente, daß ein Anderer den Erben ernennen und den Nachlaß nach seinem Belieben verteilen soll [2]).

---

[1]) In den Digesten findet sich das Testamentsrecht vor allem in der Pars V der alten Digesteneinteilung (S. 130): „De testamentis", Bücher 28—36, im Kodex im Buch 6 Titel 21 ff. Im ABGB. in den §§ 552—603 enthalten.

[2]) Ulp. fr. 22, 4: Certum consilium debet esse testantis; vgl. § 164a 1β. D. 28, 5, 32, pr.: Illa institutio „quos Titius voluerit" ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est, nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. Dagegen bestimmt das kanonische Recht (X. 3, 26, 13): Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus; diese Vorschrift erkannte die im Mittelalter besonders unter den Geistlichen bestehende Gewohnheit an, die Verteilung des Nachlasses einem Treuhänder (manu-

2. Nichtig ist ferner eine letztwillige Zuwendung, deren Rechtsbeständigkeit von der **Willenserklärung** eines anderen abhängig sein soll (Gaius heres esto si Titius voluerit), gültig dagegen eine Zuwendung unter der Bedingung, daß ein Anderer eine — wenn auch von seinem freien Willen abhängige — **Handlung** vornehme (Gaius heres esto, si Titius in Capitolium ascenderit).[3])

b. **Auslegungsregeln.**

Das Testament gehört zu den causae favorabiles (S. 273). Läßt der Inhalt einer letztwilligen Verfügung daher verschiedene Auslegungen zu, so ist im Zweifel diejenige vorzuziehen, bei der die Verfügung Bestand haben kann[4]). So bestimmt zB. Justinian in C. 6, 38, 4 ausdrücklich, daß die unklare Einsetzung „ille vel ille heres esto" dahin zu verstehen sei, „ille et ille heres esto". Grundsätzlich kommen aber die S. 273 angegebenen allgemeinen Auslegungsregeln auch für Testamente zur Anwendung. Ist

---

fidelis), Salmann, dem Vorläufer des heutigen Testamentsvollstreckers, S. 913[16]) zu überlassen, wurde aber im neueren Gem. Rechte nicht aufrechterhalten. Ebenso kann nach ABGB. § 564 die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie des Gegenstands der Zuwendung nicht einem Anderen überlassen werden.

[3]) Vgl. D. 28, 5, 69 und D. 35, 1, 52. Ulpian stellte dagegen beide Fälle einander gleich und erkannte Zuwendungen auch dann als rechtsbeständig an, wenn sie unmittelbar durch das Wollen eines Dritten bedingt sind, zB. D. 31, 1, pr.: In arbitrium alterius conferri legatum, veluti condicio, potest: quid enim interest, „si Titius in Capitolium ascenderit" mihi legetur an „si voluerit". Diese Antinomie ist unaufgeklärt und die Frage streitig. Für zulässig wird dagegen (wie für Schuldverträge, S. 459[24]) allgemein eine Zuwendung gehalten, deren Geltung nicht von dem freien Belieben, sondern von dem billigen Ermessen eines Dritten abhängen soll; vgl. zB. D. 32, 11, 7. Vgl. dagegen ABGB. § 564.

[4]) Vgl. zB. D. 34, 5, 24. Cum in testamento ambigue aut etiam perperam (falsch) scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est. Bezüglich der Enterbungen heißt es dagegen umgekehrt in D. 28, 2, 19: Exheredationes non sunt adiuvandae. Der favor testamenti ist auch im ABGB. §§ 558 ff., 655 und 706 zum Ausdrucke gebracht.

die Anordnung unverständlich, paßt sie zB. auf mehrere Personen und ist der Gemeinte nicht sicher zu ermitteln, so ist sie hinfällig[5]). Ist anderseits offensichtlich, wer gemeint ist, so ist eine bloße irrtümliche Bezeichnung bedeutungslos: „Falsa demonstratio non nocet", vgl. I. 2, 20, 30.

### c. Bedingung und Zeitbestimmung.

1. Dem Grundsatze semel heres, semper heres entsprechend gelten auflösende Bedingungen und alle Arten von Befristungen bei der Erbeinsetzung als nicht geschrieben (S. 287), diese also als unbedingt und unbefristet[6]). Dieser Grundsatz gilt aber nicht bei Soldatentestamenten; bei diesen kann eine Erbeinsetzung daher auch einer Resolutivbedingung oder einem dies ad quem unterstellt werden (D. 29, 1, 15, 4).

Aufschiebende Bedingungen sind dagegen auch in Civiltestamenten zulässig. Der aufschiebend bedingt eingesetzte Erbe wird zur Erbschaft jedoch erst mit dem Eintritte der Bedingung berufen, also nur dann, wenn er diesen Zeitpunkt erlebt. Bis dahin gilt die Erbschaft als hereditas iacens (D. 28, 5, 60, 6); der Erbe erhält aber gegen Kaution eine vorläufige (S. 967) bonorum possessio secundum tabulas (D. 2, 8, 12); erforderlichenfalls kann ein Kurator bestellt werden (D. 28, 5, 23, 3).

Bei Legaten sind nach justin. Recht alle Arten von Bedingungen und Befristungen zulässig (C. 6, 37, 26).

Über die Behandlung des Modus (der Auflage) vgl. S. 951.

---

[5]) D. 28, 5, 63, 1. Nach österr. Rechte gelten für Testamente im wesentlichen die gesetzlichen Auslegungsregeln für Vermächtnisse; vgl. ABGB. §§ 655—683; subsidiär die Auslegungsregeln für Gesetze (ABGB. § 6). Über die Einsetzung einer incerta persona vgl. unten § 164 a 1 β.

[6]) I. 2, 14, 9: Heres et pure et sub condicione institui potest. ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, veluti „post quinquennium quam moriar" vel „ex kalendis illis" aut „usque ad kalendas illas heres esto": diemque adiectum pro supervacuo haberi placet et perinde esse, ac si pure heres institutus esset.

2. Zwecks Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügungen (favor testamenti, S. 989) unterliegen die ihnen zugefügten Bedingungen mehrfachen Beſonderheiten.

*α.* Unmögliche, unerlaubte und unſittliche Bedingungen gelten nach der von Juſtinian aufgenommenen Meinung der Sabinianer (D. 35, 1, 6, 1) als nicht zugefügt, die Zuwendung gilt alſo als unbedingt (vgl. ABGB. § 698; S. 286[3], 287). Über die Nichtigkeit der kaptatoriſchen Zuwendungen ſowie der legata poenae nomine relicta und über die Behandlung der condicio iurisiurandi vgl. S. 288[7].

*β.* Iſt eine Zuwendung dadurch bedingt, daß der Bedachte eine Handlung vornehmen ſoll und wird ihm deren Vornahme ohne ſeine Schuld unmöglich, ſo wird die Vornahme als geſchehen fingiert (S. 293).[7])

*γ.* Hat der Erblaſſer eine Zuwendung unter einer negativen Poteſtativbedingung (condicio in non faciendo concepta, D. 35, 1, 7, pr.) gemacht, d. h. unter der aufſchiebenden Bedingung, etwas nicht zu tun, zB. nicht wieder zu heiraten (condicio viduitatis), ſo iſt erſt dann, wenn ein Zuwiderhandeln des Bedachten endgültig ausgeſchloſſen iſt, die Bedingung als erfüllt anzuſehen. Da dies nun aber regelmäßig erſt beim Tode des Bedachten feſtſteht, er dann aber das ihm Zugewendete nicht mehr erwerben kann (oben 1), geſtattete das rR. (S. 289) dem Bedachten, das ihm Zugewendete ſofort zu erwerben, ſofern er Sicherheit für die Herausgabe an den Eventualberechtigten auf den Fall beſtellte, daß er der Bedingung zuwiderhandeln ſollte (ſog. cautio Muciana, D. 35, 1, 18).[8])[9])

---

[7]) Vgl. zB. D. 28, 7, 23: „Uter ex fratribus meis consobrinam nostram duxerit uxorem, ex dodrante ($^3/_4$), qui non duxerit, ex quadrante ($^1/_4$) heres esto" . . . si neuter eam duxerit uxorem, non quia ipsi ducere noluerunt, sed quia illa nubere noluerit, ambo in partes aequales admittuntur: plerumque enim haec condicio: „si uxorem duxerit", „si dederit", „si fecerit" ita accipi oportet, quod per eum non stet, quo minus ducat, det aut faciat; vgl. dagegen ABGB. § 699.

[8]) Benannt nach ihrem Urheber Qu. Mucius Scaevola (S. 112), der auch die praesumtio Muciana begründet hat (S. 847). Die

d. Willensmängel.

1. Irrtum.

α. Iſt bei Errichtung der letztwilligen Verfügung etwas anderes erklärt als gewollt (zB. der Erblaſſer will den Mävius einſetzen und ſchreibt infolge Verſchreibens Titius), ſo iſt eine Willenserklärung des Erblaſſers überhaupt nicht vorhanden und die Verfügung daher nichtig.[10]) Iſt dagegen aus der Verfügung mit Sicherheit zu entnehmen, welcher Perſon die Zuwendung gemacht oder über welchen Gegenſtand verfügt werden ſoll, ſo iſt eine falſche äußerliche Bezeichnung dieſer Perſon oder des Gegenſtandes unerheblich (zB. ich ſetze meinen Lebensretter Mävius zum Erben ein, während der Lebensretter Titius heißt; falsa demonstratio non nocet, S. 990; ebenſo ABGB. § 571).[11])

β. Ein irriger Beweggrund iſt, wie für die Ge-

---

cautio Muciana betraf urſprünglich nur Legate, wurde ſpäter aber auch auf Erbeseinſetzungen erſtreckt; D. 35, 1, 7, pr.: Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, ut puta „si in Capitolium non ascenderit", „si Stichum non manumiserit" et in similibus . . . nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est.

[9]) Nach ABGB. gilt der Satz „semel heres, „semper heres" nicht (S. 919). Es können daher letztwilligen Verfügungen Bedingungen und Befriſtungen jeder Art beigefügt werden (§ 695). Die beſonderen Vorſchriften über Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen vgl. bei ABGB. §§ 696—703. Im Falle der röm. cautio Muciana wird die negative Suspenſivbedingung in die entgegengeſetzte poſitive Reſolutivbedingung umgewandelt (§ 708); der bedingt eingeſetzte Erbe muß Sicherheit leiſten (Pat. § 158).

[10]) D. 28, 5, 9, pr.: Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans, veluti „frater meus" (scribere volens scripserit) „patronus meus", placet neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est.

[11]) I. 2, 20, 29: Si quid in nomine cognomine praenomine legatarii erraverit testator, si de persona constat, nihilo minus valet legatum: idem in heredibus servatur et recte: nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intellegantur, nihil interest.

schäfte unter Lebenden (S. 234[3]), so auch für die Verfügungen von Todes wegen grundsätzlich bedeutungslos (falsa causa non nocet, I. 2, 20, 31). Im späteren rR. wurde jedoch dem ausdrücklich angeführten alleinigen Beweggrund ein Einfluß auf die Rechtsbeständigkeit der letztwilligen Verfügung eingeräumt, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung nicht errichtet oder widerrufen hätte, so wenn ein Kind deshalb enterbt ist, weil es unehelich sei (D. 28, 2, 14, 2) oder als eheliches Kind eingesetzt ist, während es nach dem Tode des Vaters für unehelich erklärt wird (D. 49, 14, 46, pr.), wenn der Erblasser ein neues Testament errichtet, weil die im früheren Testament Eingesetzten (D. 28, 5, 93) oder die Intestaterben (D. 5, 2, 28) verstorben seien, wenn nicht verwandte Personen als verwandte eingesetzt sind (C. 6, 24, 7) und dem Erblasser in allen diesen Fällen bei der Testamentserrichtung die wahre Sachlage unbekannt war[12]).

In solchen Fällen kann der Erbe einem unter Hervorhebung eines irrigen Beweggrunds berufenen Legatar eine exceptio doli entgegenstellen (D. 35, 1, 72, 6). Bei Erbeinsetzungen kann der Fiskus dem aus einem falschen Beweggrunde zum Erben Berufenen das Erworbene nach den Grundsätzen von der Erbunwürdigkeit entreißen (D. 49, 14, 46, pr., C. 6, 24, 4; unten § 170 b 3 β). Hat der Erblasser ein neues Testament errichtet, weil die in einem früheren Eingesetzten verstorben seien, so können diese die neue Erbeinsetzung anfechten, müssen aber die Legate des neuen Testaments erfüllen (D. 28, 5, 93).[13])

---

[12]) Der Beweggrund hat übrigens nach rR. auch in anderer Beziehung eine gewisse Bedeutung für die Wirksamkeit letztwilliger Zuwendungen. Solche sind nämlich nichtig, wenn sie aus Beweggründen hervorgehen, welche vom Gesetze mißbilligt werden. Hierauf beruht die Nichtigkeit der kaptatorischen Zuwendungen sowie der legata poenae nomine relicta (S. 288[7]), ferner einer Einsetzung des Kaisers „litis causa", nämlich um einem Prozeßgegner Schwierigkeiten zu bereiten (D. 28, 5, 93), endlich der Einsetzung eines Erben contumeliae causa (D. 28, 5, 9, 8).

[13]) Der Einfluß des Irrtums im Beweggrunde auf die Rechtsbeständigkeit letztwilliger Verfügungen ist, da das rR. nicht zu einem Ab-

### 2. Zwang und Betrug.

*α.* Vis absoluta macht wie jede andere Willenserklärung (S. 265), so auch die letztwillige Verfügung nichtig. Über die Folgen einer durch Drohung (vis compulsiva) veranlaßten letztwilligen Verfügung herrscht bei dem Schweigen der Quellen hierüber Streit; nach den Einen ist das erzwungene Testament nichtig, nach anderen anfechtbar; manche lassen Indignität des Eingesetzten eintreten; nach Lenel versagte der Prätor dem in einem abgezwungenen Testament Eingesetzten die bonorum possessio, gewährte diese vielmehr dem, der sonst zur Erbschaft gelangt wäre, und schützte ihn gegen den Testamentserben[14]).

*β.* Wer den Erblasser durch Zwang oder Betrug daran verhindert, eine letztwillige Verfügung zu errichten, zu ändern oder aufzuheben, verliert als indignus das ihm etwa vom Erblasser Zukommende an den Fiskus (unten § 170 b 1 *η*; vgl. D. 29, 6, C. 6, 34: Si quis alium testari prohibuerit vel coegerit; ähnlich ABGB. § 542). Derjenige, der eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht worden wäre, kann allerdings, weil der diesbezügliche Wille des Erblassers keinen Ausdruck gefunden hat, die Erbschaft oder das Legat nicht in Anspruch nehmen; er kann aber das ihm Entgangene mit der actio doli (S. 263) von dem beanspruchen, der sich der rechtswidrigen Einwirkung auf den Willen des Erblassers schuldig gemacht hat.

---

schlusse gelangt ist, für das Gem. Recht bestritten. Nach ABGB. § 572 bleibt die letztwillige Verfügung gültig, auch wenn der vom Erblasser angegebene Beweggrund falsch befunden wurde, es wäre denn erweislich, daß der Wille des Erblassers einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruht habe. Hat der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war, übergangen, so werden nur die zu öffentlichen Anstalten, zur Belohnung geleisteter Dienste oder zu frommen Absichten bestimmten Vermächtnisse in einem den vierten Teil der reinen Verlassenschaft nicht übersteigenden Betrage verhältnismäßig entrichtet, alle übrigen Anordnungen des letzten Willens aber gänzlich entkräftet (ABGB. § 778, vgl. auch § 777).

[14]) Nach ABGB. § 565 machen Zwang oder Betrug den letzten Willen ungültig.

γ. Der Schreiber eines Testaments oder Kodizills wird — wenn er nicht alleiniger Intestaterbe des Erblassers ist — nach einem SC. Libonianum als Fälscher („Erbschleicher") nach der lex Cornelia de falsis bestraft, wenn er sich oder seinem Gewaltunterworfenen oder demjenigen, in dessen Gewalt er steht, in der von ihm geschriebenen Urkunde eine Zuwendung zuschreibt. Eine solche Zuwendung gilt ferner als nicht geschrieben, es sei denn, daß der Erblasser sie eigenhändig bestätigt (D. 48, 10, C. 9, 23, vgl. D. 34, 8, 1, pr.).[15])

## § 164. Die Erbeinsetzung[1]).

### a. Einsetzungsfähigkeit.

1. Als Erbe eingesetzt, d. h. zur Gesamtnachfolge der ganzen Erbschaft oder eines Bruchteils berufen werden (S. 918) kann nur, wer die testamenti factio passiva hat[2]). Diese fehlt zunächst allen denen, die überhaupt erb-

[15]) Nach ABGB. § 594 ist ein Erbe oder Legatar in Rücksicht des ihm zugedachten Nachlasses kein fähiger Zeuge, ebensowenig dessen Gatte, Eltern, Kinder, Geschwister oder in eben dem Grade verschwägerte Personen und die besoldeten Hausgenossen. Die Verfügung muß, um gültig zu sein, von dem Erblasser eigenhändig geschrieben oder durch drei von den gedachten Personen verschiedene Zeugen bestätigt werden. Dasselbe gilt von der Verfügung zugunsten des Testamentsschreibers, dessen Gattin, Kinder, Eltern oder in eben dem Grade verschwägerten Personen (ABGB. § 595).

[1]) I. 2, 14, D. 28, 5: De heredibus instituendis; C. 6, 24 De heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt.

[2]) Außer in Militärtestamenten (D. 29, 1, 13, 2, C. 6, 21, 5). Über die testamenti factio activa, die Fähigkeit ein Testament zu errichten vgl. unten § 167 b. Nicht zu verwechseln mit der Einsetzungsunfähigkeit, bei deren Vorliegen das ganze Testament hinfällig ist, ist die Erwerbsunfähigkeit (incapacitas), durch welche ein an sich einsetzungsfähiger Erbe wegen eines in seiner Person vorliegenden Umstands außerstande ist, das ihm Zugewiesene zu erwerben (S. 915), und die Erbunwürdigkeit (indignitas), bei deren Vorliegen das von dem Eingesetzten bereits Erworbene ihm von einem Anderen wieder entrissen wird (unten § 170).

unfähig sind (S. 914), sie mangelt aber auch gewissen an sich erbfähigen Personen.

*α.* Nach einer lex Voconia (169 v. Chr.), welche gegen den Luxus gerichtet war, dürfen Frauen mit Ausnahme der Vestalinnen von einem Bürger der ersten Zensusklasse (classicus, S. 56) zu keinem Bruchteile zu Erben eingesetzt und mit Legaten nur bis zur Hälfte der Erbschaft bedacht werden[3]).

*β.* Dem Grundsatze folgend „certum esse debet consilium testantis" (S. 988[2]) ging das rR. davon aus, daß einsetzungsfähig ist die persona incerta, d. h. eine Person, von deren Individualität der Erblasser sich noch keine bestimmte Vorstellung machen könne[4]). In der späteren Entwicklung ist jedoch der Satz „persona incerta heres institui nequit" wesentlich abgeschwächt worden.

a. Zulässig wurde die Einsetzung juristischer Personen (S. 196, 200[10]) und seit Justinian (I. 2, 20, 27, C. 6, 48, 1, eine lex restituta, S. 133) die Einsetzung einer nur nach Merkmalen bestimmten Person, so auch der „Armen", der „Gefangenen", wobei das Armenhaus oder der Bischof des Wohnsitzes des Erblassers den Nachlaß zwecks der Verwaltung und der Verteilung der Einkünfte

---

[3]) G. 2, 274. Die Vorschrift, daß Frauen die Hälfte der Erbschaft nur durch Legat, nicht durch Erbeinsetzung erhalten durften, ergab sich aus der straffen Durchführung des Prinzips der Universalsukzession im rR. Wären Frauen, wenn auch nur zu einem Bruchteile, für einsetzungsfähig erklärt worden, so hätten ihnen beim Fortfalle von Miterben notwendig deren Anteile akkreszieren müssen (S. 918), so daß sie unter Umständen doch die ganze Erbschaft hätten erhalten können.

[4]) Vgl. I. 2, 20, 25 (u. G. 2, 238): Incerta persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subiciebat, veluti si quis ita dicat: quicumque filio meo in matrimonium filiam suam collocaverit (der künftige Schwiegervater), ei heres meus illum fundum dato". Nicht als incerta persona galt aber eine, einem gewissen Kreise zu entnehmende Person, wenngleich sie noch nicht individuell bezeichnet werden kann: sub certa vero demonstratione, id est ex certis personis incertae personae recte legabatur, veluti „ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato".

an sich nehmen sollte (ll. 24, 28, 48, C. 1, 3; vgl. ABGB. §§ 538, 539).

b. Zulässig wurde ferner die Einsetzung eines postumus, worunter hier jedoch — wegen der Lehre von den drei Momenten, unten 2 — nicht bloß der nach dem Tode des Erblassers, sondern auch der bei dessen Lebzeiten, aber erst nach der Testamentserrichtung Geborene oder anderweit (durch Adoption) in die Kindesstellung Eingerückte zu verstehen ist[5]).

Anfänglich konnten nicht einmal postumi sui, d. h. die zu den sui heredes (S. 955) zählenden nachgeborenen Abkömmlinge in einem vor ihrer Geburt errichteten Testament eingesetzt oder enterbt werden. Dies führte besonders schwere Übelstände herbei; denn nach dem Grundsatze „agnatione postumi rumpitur testamentum" (unten § 167 d 1) wurde jedes Testament hinfällig, wenn nach seiner Errichtung eine Person geboren wurde, welche die Stellung eines suus erlangte oder erlangt haben würde, wenn sie bei Lebzeiten des Testators geboren worden wäre. Zur Vermeidung der hierdurch hervorgerufenen Übelstände wurde die Einsetzungsfähigkeit der postumi sui in verschiedenen Stufen zugelassen.

1) Schon das alte Civilrecht gestattete dem pater familias die Institution und Exheredation eines nach dem Tode des Erblassers Geborenen, der zur Zeit der Testamentserrichtung erzeugt war und, wenn er bei Lebzeiten des Erblassers geboren worden wäre, in der unmittelbaren Gewalt des Erblassers gestanden hätte (postumi legitimi).

2) Aquilius Gallus (S. 113, der Urheber der formula de dolo malo, S. 263, und der stipulatio Aquiliana, S. 448[12]) begründete die Zulässigkeit der Berücksichtigung der nach dem Tode des testierenden pater familias geborenen Enkel, deren Vater zur Zeit der Testamentserrichtung

---

[5]) D. 28, 2: De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis; C. 6, 29: De postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis. Die Hauptstelle über die Entwicklung ist die berühmte crux iuris consultorum (S. 129) D. 28, 2, 29, sog. lex Gallus (Anm. 6).

noch lebte und in der Gewalt des Testators stand, aber noch vor dem Testator gestorben war (postumi Aquiliani).[6])

3) Weiterhin erkannte eine lex Iunia Velleia aus der ersten Kaiserzeit auch die Einsetzungsfähigkeit der vor dem Tode des Testators, aber nach Errichtung des Testaments Geborenen (postumi Velleiani primi, d. h. ex capite primo) an, sowie der zwar schon bei Errichtung des Testaments vorhandenen, aber erst nachher durch Fortfall ihrer parens in die unmittelbare Gewalt des Testators getretenen, also sui heredes gewordenen Personen (postumi Velleiani secundi).

Allmählich wurde die Einsetzungsfähigkeit aller postumi anerkannt l. 1, pr. De incertis personis C. 6, 48: Recte quemlibet postumum qui vult heredem scribit. Auch dem postumus alienus (qui natus inter suos heredes testatoris futurus non est, I. 2, 20, 26), der anfänglich der Einsetzungsfähigkeit entbehrte, steht sie im justin. Rechte zu[7]).

2. Die Einsetzungsfähigkeit muß vorhanden sein (sog. Lehre von den drei Momenten):

α. zur Zeit der Testamentserrichtung;

β. zur Zeit der Berufung (also in der Regel beim Tode des Erblassers, bei bedingter Einsetzung zur Zeit des Eintritts der Bedingung, S. 990), dagegen ist Unfähigkeit zwischen der Testamentserrichtung und der Berufung unschädlich (D. 28, 5, 60, 4);

γ. in der Zeit von der Berufung bis zum Erwerbe der Erbschaft[8]).

---

[6]) D. 28, 2, 29, pr. (lex Gallus): Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: „Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto".

[7]) Unzulässig ist nur — als unsittlich — die Einsetzung eines mit einer Person, mit welcher die Ehe verboten ist, erzeugten postumus (I. 2, 20, 28: nisi in utero eius sit, quae iure nostra uxor esse non potest).

[8]) Das Gem. Recht hat die Lehre von den drei Momenten aufgegeben. Einsetzungsfähig ist unstreitig, wer zur Zeit des Erbfalls

b. Form der Erbeinsetzung.

1. Nach klassischem Rechte muß die Erbeinsetzung:

*α.* an der Spitze des Testaments stehen, was ihr vorhergeht, ist ohne Gültigkeit[9]); Justinian hat diesen Satz beseitigt (C. 6, 23, 24);

*β.* erfolgen verbis directis, latinis, imperativis (G. 2, 117: „Titius heres esto", „Titium heredem esse iubeo"; unzulässig war zB. die Formel „heredem instituo, facio, esse volo"). In der 4. Periode wurde durch Konstantin II. (339) jede deutliche Berufung (C. 6, 23, 15: si modo per eam liquebit voluntatis intentio) in beliebiger Sprache (C. 6, 23, 21, 6) für genügend erklärt.

2. Die Bezeichnung des Erben muß deutlich (falsa demonstratio non nocet, S. 990), wenn auch nicht unbedingt mit Namensnennung (D. 28, 5, 9, 8) erfolgen; sie kann sogar auch einer anderen Urkunde (streitig) oder einem Kodizille — das Erbeinsetzungen selbst nicht enthalten darf, S. 941 — vorbehalten werden (quem heredem codicillis fecero, heres esto, D. 28, 5, 78, sog. testamentum

---

erbfähig ist, auch wenn er es zur Zeit der Testamentserrichtung nicht war. Nach der herrschenden Meinung gilt aber der Grundsatz der Koexistenz, d. h. eine letztwillige Zuwendung kann nur an den erfolgen, der zur Zeit des Erbfalls mindestens schon erzeugt war; wer dagegen beim Tode des Erblassers noch nicht einmal erzeugt war, ist nicht erbfähig, auch wenn er zur Zeit des Eintritts des Berufungsfalls vorhanden ist. Dernburg bekämpft diesen Satz als nichtrömisch mit dem Hinweis, daß der römische Erblasser seinem Sklaven gültig von einem künftigen Termine an die Freiheit hinterlassen und ihn, obwohl er demnach beim Tode des Erblassers noch nicht rechtsfähig war, zum Erben einsetzen konnte (D. 28, 5, 9, 17 und 18),

Nach ABGB. muß der Erbe den Erblasser bezw. die Erfüllung der Bedingung überleben. Dagegen muß der Erbe nicht schon beim Ableben des Erblassers existieren, es können also auch künftige physische wie juristische Personen zu Erben berufen werden. Der Erbanfall tritt dann mit ihrer Existenz ein (vgl. Hofd. vom 29. Mai 1845, JGS. Nr. 888). Die Erbfähigkeit wird nur im Zeitpunkte des Erbanfalles gefordert (ABGB. §§ 545 u. 703).

[9]) G. 2, 229: Ante heredes institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.

mysticum). Ist die Erbeinsetzung von später zuzufügenden Bedingungen abhängig gemacht, sind solche aber nicht angeführt, so gilt sie als unbedingt (C. 6, 25, 9). Hat aber der Erblasser seinen Willen nicht vollständig ausgedrückt, ist er zB. verschieden, ehe er alle Erben bezeichnet oder die Bedingung ausgedrückt hat, von deren Eintreten er die von ihm erklärte Erbeinsetzung abhängig machen wollte, so ist das Testament gänzlich hinfällig (D. 28, 1, 25; 28, 5, 9, 5 u. 6).

3. Nach rR. galt wegen des Erfordernisses der Bestimmtheit der Bezeichnung der Erben der Satz, daß eine Erbeinsetzung nicht aus einer Bedingung entnommen werden kann, die einer anderen Anordnung zugefügt ist: „si mihi Seius heres non erit", quem non instituerat, „Sempronius heres esto", D. 28, 5, 19; gemeinrechtlich durch das Sprichwort ausgedrückt: „positus in condicione non est positus in dispositione" [10]).

c. Gegenstand der Erbeinsetzung.

1. Ist nur ein Erbe eingesetzt, so erhält er nach rR. die ganze Erbschaft, gleichgültig ob er als Universalerbe (heres ex asse, S. 55[1]) bezeichnet oder ob er nur zu einem Bruchteile zum Erben ernannt oder ihm — aber als einem „heres" — sogar nur eine bestimmte Sache zugewiesen ist (sog. heres ex re certa). Denn nach dem Grundsatze: „nemo pro parte" (S. 953) treten für die Bruchteile und Gegenstände, über welche der Erblasser nicht verfügt hat, nicht etwa (wie nach ABGB. §§ 554, 556), die Intestat-

[10]) Nach ABGB. kommt es bei der Erbeinsetzung auf die gewählten Ausdrücke nicht an; derjenige, dem der Erblasser sein Vermögen ganz oder zu einem Bruchteil als Gesamtheit zuwendet, ist Erbe, derjenige, dem er nur einzelne Gegenstände zuwendet, ist Vermächtnisnehmer, gleichgültig, welche Worte angewendet werden. Auch in einem Bedingungssatze kann eine hinreichend deutliche Erbeinsetzung gefunden werden. Das test. mysticum (ABGB. § 582) ist nur dann von Wirkung, wenn der Aufsatz, auf welchen sich der Erblasser bezieht, alle Förmlichkeiten eines letzten Willens trägt. Die Erbseinsetzung muß durch den Erblasser selbst erfolgen, sie darf nicht dem Ausspruch eines Dritten überlassen werden (ABGB. § 564).

erben ein, sondern die der Erbeinsetzung beigefügte Beschränkung gilt als nicht geschrieben[11]). Nur bei Soldatentestamenten, für welche der Grundsatz „nemo pro parte" nicht gilt (S. 954), erhalten die Intestaterben die Vermögensteile, über die der Erblasser nicht verfügt hat.

2. Sind mehrere Erben (heredes pro parte) eingesetzt, so pflegten die ihnen zugewiesenen Teile in Rom in Zwölfteln des as, also nach dem Duodezimalsysteme bestimmt zu werden (S. 918[6], I. 2, 14, 5, heute nach beliebigen Bruchteilen).

---

[11]) Die heredis institutio ex re certa gehört zu den am meisten umstrittenen Punkten des Gem. Rechts. Da der heres begrifflich Universalsukzessor ist, enthält eine „Erbeinsetzung auf eine bestimmte Sache" einen inneren Widerspruch.

a. Ist ein Einziger als Erbe eingesetzt und auf eine bestimmte Sache hingewiesen (Titius heres esto fundi Corneliani), so wird die Beschränkung gestrichen; D. 28, 5, 1, 4: Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione. Ergibt das Testament jedoch (zB. bei Vergleichung mit einem früheren, aufrecht erhaltenen Testamente), daß die Beschränkung auf die certa res zugunsten eines Dritten erfolgt ist, so wird in der heredis institutio ex re certa die Anordnung eines Universalfideikommisses (S. 946) gefunden; der Eingesetzte behält also nur die res certa und muß den sonstigen Nachlaß dem Fideikommissar herausgeben (D. 36, 1, 30).

b. Sind mehrere als Erben ex certis rebus eingesetzt (Titius soll die res Italicae, Seius die res provinciales erben oder Titius die bona paterna, Seius die bona materna), so gelten sie ohne Rücksicht auf den Wert der ihnen zugeteilten Sachen als zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt und die Zuweisung bestimmter Vermögensstücke hat nur Bedeutung für die Art der Erbteilung (D. 28, 5, 35 und 79).

c. Ist ein Erbe ex re certa und daneben ein anderer ohne diesen Zusatz eingesetzt, so gilt nach Justinians viel umstrittener l. 13, C. 6, 24 den Gläubigern und Schuldnern gegenüber nur der letztere als wahrer Erbe, der heres ex re certa nur als Legatar.

Nach ABGB. § 535 gilt die Zuwendung einzelner Gegenstände nicht als Erbeinsetzung, auch wenn der Bedachte als Erbe bezeichnet ist. Über die Zuteilung der Erbschaft, wenn nur ein Erbe, wenn mehrere Erben ohne Teilung, wenn alle Erben in bestimmten Teilen, wenn wenige Erben mit Teilen, andere ohne Teile eingesetzt sind, sowie über die Frage, welche eingesetzten Erben als eine Person betrachtet werden, vgl. ABGB. §§ 553—559.

*α.* Sind mehrere Erben ganz ohne Bestimmung ihrer Erbteile eingesetzt (heredes sine partibus scripti), so gelten sie als zu gleichen Teilen eingesetzt (I. 2, 14, 6, ebenso ABGB. § 555).

*β.* Erreicht die Gesamtsumme der Erbteile nicht ein Ganzes (as), so treten, ebenso wie im Falle 1 (außer bei Militärtestamenten) nicht etwa die Intestaterben ein, sondern die Anteile werden entsprechend erhöht (I. 2, 14, 7). Ist also nur A zu $^1/_3$, B zu $^1/_3$ eingesetzt, so erhält jeder $^1/_2$.[12])

*γ.* Übersteigt die Gesamtsume der Erbteile ein Ganzes, so tritt eine verhältnismäßige Verminderung der Erbteile ein (I. 2, 14, 7); sind zB. A, B, C, D auf je $^1/_3$ eingesetzt, so erhält jeder $^1/_4$; vgl. I. 2, 14, 7 und die abweichende Bestimmung Justinians in C. 6, 37, 23 für den Fall einer Beschränkung der ursprünglichen auf das Ganze gehenden Zuwendung durch eine neue Verfügung.

*δ.* Sind von mehreren Erben einzelne auf bestimmte Bruchteile (ex certis partibus) eingesetzt, andere ohne Bestimmung von Bruchteilen (sine partibus), so ist zu unterscheiden:

a. Die bestimmt angegebenen Bruchteile lassen noch einen Rest übrig (A soll zu $^2/_3$, B zu $^1/_6$ mein Erbe sein, auch C soll mein Erbe sein); dann erhält der ohne Bruchteil Eingesetzte den Rest (I. 2, 14, 6; C erhält $^1/_6$, ebenso ABGB. § 557).

b. Die bestimmt angegebenen Bruchteile erschöpfen oder übersteigen ein Ganzes; dann gilt ein ausdrücklich auf den Rest Eingesetzter als nicht eingesetzt (D. 28, 5, 17, 3). Ist aber durch die zu bestimmten Bruchteilen Eingesetzten das as erschöpft oder überstiegen und daneben schlechthin ein Erbe eingesetzt, so wird zur Ermittlung des diesem

---

[12]) Anders nach ABGB. § 556. Danach tritt eine Erhöhung nur ein, wenn die eingesetzten Erben, deren Anteile das ganze nicht erschöpfen, nach dem Willen des Erblassers die alleinigen Erben sein sollen; sonst tritt in Ansehung des übrigen Teils die gesetzliche Erbfolge ein.

zuzuweisenden Erbteils der Satz verwendet: ex asse fit dupondium (ein Doppelas, S. 134[1]), d. h. die Zwölftel der eingesetzten Erben werden auf Vierundzwanzigstel vermindert und der ohne Bestimmung eines Erbteils zum Erben Eingesetzte erhält dann den Rest (I. 2, 14, 8; z. B. A ist ex besse = $^8/_{12}$, B ex dodrante = $^9/_{12}$, C schlechthin eingesetzt, dann erhält A $^8/_{24}$, B $^9/_{24}$, C den Rest von $^7/_{24}$). Unter Umständen genügt die Verminderung der fest bestimmten Teile auf die Hälfte (von $^1/_{12}$ auf $^1/_{24}$) nicht, weil die Summe der sich dann ergebenden Vierundzwanzigstel immer noch ein Ganzes übersteigt, dann tritt eine Verminderung der fest bestimmten Bruchteile auf $^1/_3$ ein; aus den Zwölfteln werden Sechsunddreißigstel (ex asse fit tripondium).[13])

3. Bei der Einsetzung mehrerer Erben kann Verbindung (coniunctio) einiger der Miterben eintreten.

*α.* Die Verbindung kann erfolgen (D. 50, 16, 142):

a. re tantum: mehrere Erben sind in verschiedenen Sätzen auf denselben Erbteil eingesetzt;

b. re et verbis: mehrere Erben sind in demselben Satze auf denselben Erbteil eingesetzt;

c. verbis tantum: mehrere Erben sind in demselben Satze auf verschiedene Erbteile eingesetzt.

*β.* Eine rechtliche Bedeutung hat nur die coniunctio re oder re et verbis (Einsetzung auf einen gemeinschaftlichen Erbteil, ebenso ABGB. § 560), während die

[13]) Nach ABGB. § 558 erhält der unbestimmt eingesetzte Erbe wenigstens so viel, als der mindest Bedachte unter den bestimmt Eingesetzten, bei Gleichheit der bestimmten Teile aber einen gleichen Erbteil. Zur Bildung dieses Erbteils müssen sowohl die bestimmt eingesetzten Erben als auch die Legatare verhältnismäßig beitragen. In allen anderen Fällen einer Verrechnung durch den Erblasser muß die Teilung derart vorgenommen werden, daß dem Willen des Erblassers möglichst entsprochen wird. Hat der Erblasser auch Personen zu Erben berufen, von denen einige bei der Intestaterbfolge nur nach Stämmen erben würden, so erben dieselben, wenn ihre Erbteile nicht bestimmt wurden, auch bei der testamentarischen Erbfolge nach Stämmen (ABGB. § 559).

coniunctio verbis tantum nur eine rechtlich bedeutungslose kürzere Ausdrucksweise darstellt[14]). Die Bedeutung der ersteren Verbindungen zeigt sich zunächst darin, daß die auf denselben Erbteil Eingesetzten für die Verteilung der Erbschaft als eine Person behandelt werden. Bei einer Einsetzung zB. „Sempronius ex parte dimidia heres esto; Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto" (eine re et verbis coniunctio) erhalten Sempronius $^1/_2$, Titius und Maevius je $^1/_4$, ebenso bei der „re tantum coniunctio": „Sempronius ex parte dimidia heres esto; Titius ex parte dimidia heres esto. Maevius ex parte, qua Titium heredem institui, heres esto".

Eine weitere Bedeutung hat die coniunctio re und re et verbis für die Akkreszenz (S. 1007) und die Substitution (S. 1010), indem die auf einen gemeinschaftlichen Erbteil verwiesenen Erben als eine engere Gruppe unter den Miterben behandelt werden.

d. Anwachsung[15]).

1. Wie S. 918 dargelegt, entspricht es dem Prinzipe der Universalsukzession, daß jeder von mehreren Erben als auf die ganze Erbschaft berufen gilt und nur durch die Konkurrenz der Miterben (concursu fiunt partes) auf den ihm

---

[14]) Ob eine bloße verbis coniunctio oder eine re et verbis coniunctio vorliegt, ist mitunter zweifelhaft. Als re coniunctio wird zB. in D. 28, 5, 60, 2 die Einsetzung behandelt: Titius heres esto: Seius et Maevius heredes sunto; vgl. ferner D. 28, 5, 13: Interdum haec adiectio: „aeque heredes sunto" testatoris voluntatem exprimit, ut puta „Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto": nam haec adiectio declarat omnes ex virilibus partibus institutos, ut et Labeo scripsit, qua detracta semissem fratris filii, semissem Primus haberet.

Als bloße verbis coniunctio gilt die Einsetzung (D. 28, 5, 67): Titius heres esto; Gaius et Maevius aequis ex partibus heredes sunto. Dann gelten G. u. M. nicht zusammen als auf die Hälfte, sondern jeder als auf ein besonderes Viertel eingesetzt. Es findet also zwischen ihnen keine besondere Akkreszenz statt wie dann, wenn beide zusammen auf die Hälfte eingesetzt wären.

[15]) Über das Anwachsungsrecht bei der gesetzlichen Erbfolge und dessen Ausschluß durch die successio graduum vgl. S. 932).

angewiesenen Bruchteil beschränkt wird. Die Folge dieses Grundsatzes ist, daß, sobald ein Miterbe fortfällt — sei es vor der Berufung (durch Versterben vor dem Erblasser), oder nachher (durch Ausschlagung oder durch Ausfall der Bedingung oder infolge eintretender Erbunfähigkeit) —, sich die Erbteile der übrigen von selbst ausdehnen, daß der Erbteil des Wegfallenden den übrigen Miterben „anwächst" („akkresziert"), gerade so als hätte der Erblasser von vornherein mit den verteilten Bruchteilen die Erbschaft nicht völlig erschöpft (S. 1002).[16]) Daraus folgt:

α. Die Anwachsung vollzieht sich mit Rechtsnotwendigkeit (D. 29, 2, 31; 37, 11, 2, 8). Sie kann vom Testator nicht ausgeschlossen (wenn auch durch Anordnungen von Substitutionen verhindert, S. 1010) und vom Erben nicht zurückgewiesen werden; vielmehr erwirbt der Erbe, der die Urportion erworben hat, damit von selbst auch die Anwachsung und kann nicht jene antreten und diese ausschlagen[17]).

β. Die Anwachsung ist keine selbständige Berufung, sondern erweitert nur den Gegenstand der ersten Berufung. Ist daher der Miterbe, der die Urportion erworben hat, verstorben, ehe das die Anwachsung herbeiführende Ereignis eintrat, so fällt diese seinen Erben zu (portio portioni accrescit, C. 6, 51, 1, 10 a).

γ. Der Miterbe, dem die Anwachsung zufällt, hat — seit einer Bestimmung Severs, D. 31, 61, 1 — die den weggefallenen Miterben persönlich auferlegten Lasten (zB.

---

[16]) Nur beim testamentum militis, für das der Grundsatz „nemo pro parte" (S. 953) nicht gilt, tritt auch für den Erbteil eines Fortgefallenen nicht Akkreszenz ein, sondern Intestaterbfolge (D. 29, 1, 37).

[17]) Aus Billigkeitsgründen kann der Miterbe den Zuwachs ablehnen:

a. mit der Urportion, wenn ein suus den ihm ipso iure zugefallenen Erbteil kraft des prätorischen ius abstinendi abgelehnt hat (D. 29, 2, 55 und 56);

b. ohne die Urportion, wenn der Zuwachs dadurch veranlaßt ist, daß ein Erbe gegen die Antretung der Erbschaft in integrum restitutio erlangt hat (D. 29, 2, 61).

Fideikommisse) zu tragen (portio accrescit cum suo onere).[18])

2. Eine Akkreszenz kann nur eintreten, wenn ein Erbteil wirklich frei wird. Dies ist zunächst nicht der Fall,

---

[18]) Eine vorübergehende Einschränkung erlitt das Akkreszenzrecht infolge der Vorschriften der lex Iulia et Papia Poppeae (S. 97[5]). Danach war zu unterscheiden, ob eine letztwillige Verfügung pro non scripto zu behandeln oder eine Zuwendung caducum oder in causa caduci war (Ulp. fragm. 17 u. 18).

a. Pro non scripto galten Testamentsbestimmungen, die iure civili von vornherein ungültig waren, zB. eine Zuwendung an einen Erbunfähigen. Hierfür blieb das alte Akkreszenzrecht (ius antiquum) unverändert bestehen. Da die Verfügung ungültig war, brauchten die den freiwerdenden Erbteil Akkreszierenden die auf ihn gelegten Lasten nicht zu übernehmen.

b. Caducum ist, was von dem gültig Bedachten infolge eines nach dem Tode des Testators eintretenden Umstands nicht erworben werden kann, sei es infolge von Inkapazität (S. 915) oder des Todes des Bedachten vor der Testamentseröffnung. In causa caduci (Quasicaducum) ist, was von dem ursprünglich gültig Bedachten infolge eines vor dem Tode des Testators eingetretenen Umstands nicht erworben werden kann, zB. wegen Ausfalls der der Zuwendung beigefügten Bedingung oder wegen Versterbens des Bedachten vor dem Erblasser.

Bezüglich dieses caducum und in causa caduci hielt die lex Iulia et Papia Poppaea das bisherige Akkreszenzrecht nur zugunsten der liberi und der parentes des Testators bis zum dritten Grade aufrecht. Die sonstigen im Testamente Bedachten dagegen verloren das Akkreszenzrecht, und dieses (die caducorum vindicatio) wurde nur denjenigen im Testamente Bedachten zugewiesen, welche Kinder hatten (patres qui in eo testamento liberos habent) und zwar zuerst den Erben, an zweiter Stelle den Legataren. Mangels solcher patres erhielt der Fiskus das caducum; nach einer Konstitution Caracallas (Antoninus) schloß der Fiskus sogar die parentes aus. Durch das Vorhandensein eines Substituten wurde wie die Akkreszenz (S. 918) so auch die caducorum vindicatio ausgeschlossen.

Der Erwerb des caducum erfolgte stets cum suo onere, d. h. unter notwendiger Übernahme der auf dem Zugewendeten ruhenden libertates, legata, fideicommissa usw.

Justinian hat in der l. un. C. De caducis tollendis 6, 51 das ius caduca vindicandi beseitigt und das ius antiquum wieder hergestellt, hierbei aber den Grundsatz aufstellend, daß jede Akkreszenz, auch wo sie infolge der Ungültigkeit der Verfügung eintritt (a), cum onere erfolgt.

wenn einer der S. 961 besprochenen Transmissionsfälle vorliegt. Denn alsdann treten die Erben des Wegfallenden an dessen Stelle (C. 6, 51, 1, 5). Der Erbteil eines wegfallenden Erben ist aber auch dann nicht frei, wenn dem Erben ein Substitut (S. 1008) nachgeordnet ist; denn dann tritt dieser an die Stelle des Wegfallenden (D. 37, 11, 2, 8, ebenso ABGB. §§ 604, 608). Transmission und Substitution schließen also die Akkreszenz aus; ebenso nach ABGB.

3. Stehen mehrere Erben selbständig nebeneinander, so wächst der Erbteil eines Wegfallenden den übrigen nach Maßgabe ihrer Erbteile zu. Ist A zu $^1/_2$, B zu $^1/_3$, C zu $^1/_6$ berufen und fällt C fort, so erhält A $^3/_5$, B $^2/_5$. Sind aber von den Erben einige re oder re et verbis coniuncti (S. 1003), so wächst der Erbteil eines von ihnen zunächst der engeren Gruppe an[19]). Wird zB. A zu $^1/_3$, B und C gemeinschaftlich zu $^1/_2$ und D zu $^1/_6$ der Erbschaft berufen, so wächst, wenn C fortfällt, sein Erbteil ausschließlich dem mit ihm auf den gemeinschaftlichen Erbteil berufenen B zu; fällt dagegen A fort, so erhöhen sich die Erbteile des B auf $^3/_8$, des C auf $^3/_8$, des D auf $^1/_4$.[20])

---

[19]) Ebenso erhöhen sich bei der Intestaterbfolge, soweit hierbei überhaupt Akkreszenz, nicht Sukzession eintritt (S. 932), bei der Berufung in stirpes (S. 928) oder in lineas (S. 929) zunächst nur die Anteile der stirps oder der linea, welcher ein wegfallender Miterbe angehört. Hinterläßt der Erblasser zB. als gesetzliche Erben seinen Sohn A, seine Enkel von einem verstorbenen Sohne B, namens C und D und seine Urenkel von Bs ebenfalls schon verstorbenem Sohne E, namens F, G, H, so wächst, falls A entsagt, sein Erbteil ($^1/_2$) zu je $^1/_3$ dem C und D und zu je $^1/_9$ dem F, G, H zu. Entsagt dagegen C, so erhöht sich As Anteil nicht; vielmehr fällt Cs Erbteil ($^1/_6$) zu $^1/_2$ an D und zu je $^1/_6$ an F, G, H. Entsagt H, so erhöhen sich die Erbteile von A, C und D nicht; Hs Erbteil ($^1/_{18}$) fällt je zur Hälfte an F und an G.

[20]) Nach ABGB. tritt Anwachsung nicht, wie nach rR., kraft Rechtsnotwendigkeit ein, vielmehr nur kraft vermuteten Willens des Erblassers. Dieser kann sie daher ausschließen. Die Anwachsung tritt aber überhaupt nur dann ein, wenn mehrere Erben in einer die Intestaterbfolge ausschließenden Weise eingesetzt sind. Ist dagegen durch die Erbeinsetzung nur über einen Teil der Erbschaft

e. Substitution.

1. Allgemeines.

Vermöge der Testierfreiheit hat der Erblasser das Recht, außer einem in erster Linie eingesetzten Erben (institutus heres primo gradu, D. 28, 6, 1, pr.) einen anderen zu ernennen (plures gradus heredum facere), der unter gewissen Voraussetzungen die Erbschaft erlangen soll, sog. Substitution (heredes secundo, tertio gradu). Das rR. kennt zwei Arten der Substitution (I. 2, 15 u. 16, D. 28, 6, C. 6, 26).

α. Der Erblasser beruft den Substituten für den Fall, daß der Eingesetzte nicht Erbe wird, gemeine oder Vulgarsubstitution, vgl. ABGB. §§ 604—607 (unten 2).

β. Der testierende pater familias bestimmt seinem Hauskinde einen Erben für den Fall, daß es als impubes (pupillus) versterben sollte; Pupillarsubstitution des Gem. Recht (unten 3). Diesem Falle ist die Quasipupillarsubstitution (unten 4) für ein aus anderen Gründen testierunfähiges Kind nachgebildet. Beide Arten der Substitution sind dem ABGB. unbekannt[21]); vgl. ABGB. § 609.

---

verfügt, so daß für den Rest die gesetzliche Erbfolge stattfindet, so tritt die Anwachsung unter den Eingesetzten nur dann ein, wenn sie auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt (re coniuncti) sind.

Die Vorschriften über Akkreszenz (ABGB. §§ 560—563) gelten nur bei der testamentarischen Erbfolge.

[21]) Eine dritte Art ist die sog. fideikommissarische Substitution (ABGB. § 608). Hierbei beruft der Erblasser den Substituten in der Weise, daß er erst beim Eintritt eines gewissen Ereignisses oder von einem gewissen Zeitpunkt an Erbe wird, nachdem zunächst ein Anderer Erbe geworden ist. Dies war nach rR. wegen des Grundsatzes semel heres, semper heres (S. 919) unmöglich. Eine mehrfache aufeinander folgende Universalsukzession in denselben Nachlaß wurde jedoch der Wirkung nach durch die Zulassung des Universalfideikommisses (S. 946) ermöglicht (vgl. G. 2, 184: Extraneo heredi instituto — vgl. dagegen S. 1012 — ita substituere non possumus, ut, si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei heres sit; sed hoc solum nobis permissum est, ut eum per fideicommissum obligemus, ut hereditatem nostram

## 2. Vulgarsubstitution.

*a.* Vulgarsubstitution (Substitution schlechthin) ist die Ernennung eines Ersatzmannes (substitutus) für den Fall,

---

totam vel pro parte restituat). Immerhin handelte es sich hierbei nicht um die Einsetzung mehrerer Erben hintereinander, wie auch der Ausdruck substitutio fideicommissaria für diesen Fall den Quellen fremd ist (I. 2, 23: De fideicommissariis hereditatibus). Vielmehr wurde rechtlich nur der Erstbedachte (heres fiduciarius) als Erbe angesehen, während der Nachgesetzte (heres fideicommissarius) die rechtliche Stellung eines bloßen Vermächtnisnehmers hatte. Daher genügt für das Universalfideikommiß die Kodizillarform und sind hierbei alle Bedingungen und Befristungen zulässig; ferner bedarf es zum Erwerb auch bei extranei nicht der Antretung (S. 957) und ist es vom dies cedens ab vererblich (§ 165 e); und endlich unterliegt es wie ein Legat dem Abzug der Quarta Falcidia Trebellianica (S. 948) seitens der Erben. Anderseits wurde durch das Universalfideikommiß die Erbschaft als solche übertragen, nicht deren Bestandteile, so daß wie bei der Erbfolge eine Universalsukzession herbeigeführt wurde.

Somit wies das Universalfideikommiß nach rR. eine Doppelnatur auf, indem es teils als Erbfolge, teils als Vermächtnis behandelt wurde. Dies beruhte darauf, daß man sich scheute, den Satz „semel heres, semper heres" aufzuheben, obgleich er sich den Bedürfnissen des Verkehrs entgegenstellte. Das ABGB. hat diesen Satz beseitigt (S. 947[9]) und erkennt daher ohne Umwege die Möglichkeit an (§ 608), einen Erben (Nacherben) in der Weise einzusetzen, daß dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein Anderer (Vorerbe) bis zum Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses, im Zweifel bis zu seinem Tode (§ 608), Erbe geworden ist. Nach ABGB. ist also auch der Nacherbe wirklich Erbe, nicht, wie der fideicommissarius des rR., eigentlich nur Legatar. Er erhält die Erbschaft aber nicht schon mit dem Erbfall, also dem Tode des Erblassers, sondern erst mit dem Eintritte des Falls der Nacherbfolge; erst in diesem Augenblicke muß deshalb seine Erbfähigkeit vorhanden sein und die Nacherbfolge gewährt daher ein Mittel, einen im Augenblicke des Todes des Erblassers noch nicht Erzeugten (S. 915) zum Erben einzusetzen. Anderseits erwirbt der Nacherbe doch schon mit dem Erbfall eine Anwartschaft auf den Nachlaß, die sich auch schon vom Tode des Erblassers an weiter vererbt (arg. aus § 705). Daher ist der Vorerbe in der freien Verfügung über den Nachlaß im Interesse der Erhaltung des letzteren für den Nacherben beschränkt (§§ 509—520, 613) und der Nacherbe zu Sicherungsmaßregeln berechtigt (ABGB. § 520, Pat. 158). Der Erblasser kann den Vorerben jedoch von diesen, seine Verfügung und Verwaltung beengenden Vorschriften befreien, was insbesondere allgemein dadurch geschehen kann, daß er den Erben auf dasjenige einsetzt, was beim Eintritte der Nach-

daß der als Erbe Eingesetzte (institutus) die Erbschaft nicht erwerben könnte oder wollte. Dem Substituten kann wieder ein Substitut bestimmt werden und so fort. Das test. Dasumii (S. 99[6]) weist zB. 6 Substitutionen auf[22]). Der Zweck der Substitution ist, das Hinfälligwerden des Testaments wegen Mangels eines Erben (test. destitutum, unten § 167 d 1 β) und damit das Eintreten der gesetzlichen Erbfolge auszuschließen.

Solange die Akkreszenz durch die Kaduzität beschränkt wurde (S. 1006[18]), bot die Substitution ferner ein Mittel, die Kaduzität auszuschließen. Denn diese trat, ebenso wie die Akkreszenz, nur ein, wenn ein Erbteil erblos wurde; dies war aber beim Vorhandensein eines Substituten nicht der Fall (Substitution geht vor Akkreszenz, ABGB. §§ 604, 608); dagegen geht Transmission vor Substitution, S. 962; anders nach ABGB. § 809). Der Erblasser brauchte daher (vgl. C. 6, 51, 1 α), um die Kaduzität auszuschließen, die Erben nur einander wechselseitig zu substituieren (substitutio reciproca s. mutua, D. 31, 64), wozu eine kurze Klausel („eosque

---

erbfolge von der Erbschaft vorhanden sein wird, fideicommissum eius quod supererit, § 166[4]. Über die Schranken der fideik. Substitution nach österr. Recht vgl. ABGB. §§ 611 und 612. Nach ABGB. § 608 begreift die fideik. Substitution stillschweigend die gemeine in sich. Bezüglich der „stillschweigenden" fideikommissarischen Substitution siehe ABGB. § 610.

[22]) Sind mehrere Substitutionsgrade geschaffen, so gilt der spätere Substitut nicht nur dem unmittelbaren Vormann, sondern bei dessen Fortfall auch dem Instituten als substituiert (substitutus substituto est substitutus instituto). Sind ferner mehrere Erben eingesetzt (A, B) und der eine (B) dem anderen (A) substituiert und für den substituierten Miterben (B) ein weiterer Substitut (C) geschaffen, so gilt dieser (C) dem Miterben (B) sowohl für seine Institutionsportion als auch für seine Substitutionsportion (also für As Erbteil) als substituiert: substitutus (C) substituto instituto (B) substitutus huic (B) quoque censetur qua instituto (I. 2, 15, 3, D. 28, 6, 27 und 41, pr.). Ob Institutions- und Substitutionsportion nur einheitlich erworben werden können oder der die Institutionsportion Annehmende die Substitutionsportion ausschlagen kann und umgekehrt, ist streitig.

invicem substituo" oder sogar nur „Publius Marcus Gaius invicem substituti heredes mihi sunto", D. 28, 5, 37, 1) genügte (substitutio compendiosa oder breviloquens). Dann gelten die Miterben als im Verhältnis ihrer Erbteile dem Wegfallenden substituiert (C. 6, 26, 1), so daß das gleiche Ergebnis eintritt wie bei Akkreszenz (ebenso ABBG. § 607).[23]) Die auf einen gemeinschaftlichen Erbteil Eingesetzten (coniuncti) gehen dann für diesen Erbteil den anderen vor (D. 28, 6, 41, 4; ebenso nach ABGB.).[24])

Die Anwendung einer Substitution war in Rom sehr gewöhnlich; daher der Name substitutio vulgaris.

β. Der Substitut ist nur unter der Bedingung eingesetzt, daß der Institut nicht erben kann oder will (Si Titius heres non erit, Gaius heres esto);[25]) er muß daher (S. 990) den Eintritt des Substitutionsfalles (z. B. Ausschlagung der Erbschaft durch den Instituten) erleben, transmittiert die Rechte aus der Substitution also nicht auf seine Erben (D. 29, 2, 81; ebenso nach ABGB. § 703).

γ. Der Substitut tritt völlig in die Stellung des Instituten, muß also im Zweifel (D. 30, 74) die diesem auferlegten Vermächtnisse auch seinerseits erfüllen (ebenso ABGB. § 606).

3. Pupillarsubstitution.

Der pater familias ist befugt, für einen suus (oder

---

[23]) Immerhin unterscheidet sich die Erbfolge auf Grund einer substitutio reciproca von der durch Akkreszenz herbeigeführten insofern, als der Substitut den Substitutionsfall erleben muß (s. o.), während die Akkreszenz auch den Erben des hierzu berechtigten Miterben zufällt (S. 1005).

[24]) Sind also A und B coniunctim auf ½, C und D disiunctim auf je ¼ eingesetzt und fällt D fort, so erhalten von dessen Viertel A, B, C je ⅓; fällt dagegen A fort, so fällt dessen Erbteil allein an B.

[25]) Hat der Erblasser die Substitution nur für den Fall des Nichtkönnens angeordnet, so gilt sie auch für den Fall des Nichtwollens und umgekehrt (gemeinr. Regel: casus impotentiae involvit casum voluntatis et vice versa; anders nach ABGB. § 605).

einen postumus suus, S. 997) einen Erben (den sog. Pupillarsubstituten) für den Fall zu bestimmen, daß der suus vor erlangter Testierfähigkeit, also (unten § 167 b 2) als impubes oder pupillus (daher der Name) sterben sollte.

Die rechtliche Konstruktion der Pupillarsubstitution ist schwierig, weil das Institut einen doppelten Charakter zeigt. Einerseits gilt der Pupillarsubstitut nämlich als Erbe des Kindes, indem ihn der Gewalthaber kraft seiner Gewalt namens des Kindes bestimmt, anderseits gilt er aber auch als Erbe des Gewalthabers.

Anfänglich scheint man den Pupillarsubstituten völlig als Erben des Gewalthabers angesehen zu haben: dieser setzt seinen suus zum Erben ein und bestimmt ihm einen Nacherben für den Fall, daß er vor Erreichung der Testierfähigkeit sterben sollte. So erklärt sich der Ausdruck Pupillarsubstitution; vgl. auch die übliche Klausel (D. 28, 6, 1, 1): Filius meus heres esto; si heres erit et intra pubertatem decesserit, Gaius Seius heres mihi esto. Man nahm zur Vermeidung des Eintritts der Intestaterbfolge[26]) gewissermaßen ein Fortwirken der patria potestas nach dem Tode des Gewalthabers bis zu dem Zeitpunkt an, in welchem der zum Erben bestimmte suus selbst testieren konnte.

Diese Auffassung war jedoch unhaltbar. Einmal wurde durch die Möglichkeit, einen Erben zu bestimmen, für eine Erbschaft, die ein Anderer (der suus) bereits erworben hatte, der Grundsatz „semel heres, semper heres" verletzt. Anderseits bleibt bei der Auffassung, daß der Pupillarsubstitut Erbe des Gewalthabers ist, unaufgeklärt, daß der Pupillarsubstitut nicht nur die dem suus von seinem Gewalthaber angefallenen Vermögensstücke, sondern auch das Vermögen erhält, welches der suus nach dem Tode des Gewalthabers

---

[26]) Als weiteren Zweck gibt G. 2, 181 die Sicherung des Unmündigen gegen Lebensnachstellung seitens des Intestaterben an. Das die Pupillarsubstitution enthaltende Testament des Vaters konnte bis zum Tode des Unmündigen verschlossen bleiben, so daß es ungewiß war, wer an der Wegschaffung des Pupillen ein Interesse hatte.

(zB. von seiner Mutter) erworben hat, sowie daß der Gewalthaber dem Kinde einen Pupillarsubstituten selbst dann ernennen kann, wenn er es enterbt (s. u.), in welchem Falle der Ausdruck Substitution ganz unverständlich ist.

In der Kaiserzeit kam deshalb die Anschauung auf: der in seinem Testament eine Pupillarsubstitution anordnende Gewalthaber verfüge hierbei über zwei Erbschaften (unum testamentum, duae hereditates, D. 28, 6, 2, 4), über seine eigene und über die dereinstige seines Kindes. So werden die nachfolgenden Sätze verständlich.

*α.* Die Pupillarsubstitution kann vom pater familias erst angeordnet werden, wenn er für sich selbst einen Erben bestimmt (D. 28, 6, 2, 4), sei es in der gleichen oder in einer besonderen (verschlossen bleibenden, S. 1012[26]) Urkunde. Dagegen hängt die Gültigkeit der Pupillarsubstitution nicht etwa davon ab, daß der Gewalthaber in sein eigenes Vermögen den suus als Erben beruft; er kann ihn vielmehr — beim Vorliegen eines Enterbungsgrundes, unten § 169c — auch enterben und ihm trotzdem einen Pupillarsubstituten bestimmen. Das Gewöhnliche ist aber natürlich, daß der Vater seinen suus zum Erben einsetzt und ihm gleichzeitig einen Substituten ernennt und zwar regelmäßig sowohl für den Fall, daß der suus vor dem Erwerbe der Erbschaft (Vulgarsubstitution, substitutio in primam causam) als auch daß er nachher, aber ohne die Testierfähigkeit erlangt zu haben (Pupillarsubstitution, substitutio in secundam causam), sterben sollte (D. 28, 6, 1, 1): filius meus heres esto; si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto. Diese Verbindung der Vulgar- und der Pupillarsubstitution bezüglich unmündiger Hauskinder war in Rom sogar so gewöhnlich, daß, wenn der Erblasser nur eine dieser Substitutionen angeordnet hatte, die andere als von ihm ebenfalls beabsichtigt vermutet wurde (sog. substitutio duplex, subst. vulgaris — oder pupillaris — tacita).[27])

---

[27]) Vgl. D. 28, 6, 4, pr.: cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substi-

Ist der suus zum Erben eingesetzt, so muß der Pupillarsubstitut die Erbschaft des suus ganz annehmen oder ausschlagen (D. 28, 6, 10, 2: aut utriusque debet hereditatem habere aut neutrius: iuncta enim hereditas coepit esse); er kann nicht die Erbschaft nach dem Vater antreten, die nach dem Sohne ausschlagen (vgl. D. 29, 2, 59).

β. Da die Pupillarsubstitution ein Teil (pars et sequela) des väterlichen Testaments ist, wird sie kraftlos, wenn dieses hinfällig ist (I. 2, 16, 5), ferner aber auch, wenn ihre Voraussetzungen fortfallen, wenn nämlich das Kind beim Tode des Testators nicht mehr in dessen unmittelbarer Gewalt steht (D. 28, 6, 41, 2) und wenn es die Mündigkeit erreicht (D. 28, 6, 14). Da es sich um ein Testament des Vaters handelt, brauchen die Noterben des Kindes (zB. dessen Mutter) nicht berücksichtigt zu werden; anderseits braucht der Vater auch seine eigenen Noterben (zB. seine Eltern) bei der Substitution nicht zu berücksichtigen, da es sich um eine Beerbung des Kindes handelt (D. 5, 2, 8, 5). Hierin zeigt sich die Doppelnatur der Pupillarsubstitution, ferner auch darin, daß der Substitut zwar als Erbe des Kindes gilt, dessen Nachlaß also erwirbt, auch soweit er nicht vom Vater stammt und selbst wenn es Erbe des Vaters überhaupt nicht geworden ist (neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, D. 28, 6, 10, 5), daß der Vater aber anderseits, da er „de suo legat", dem Pupillarsubstituten nur soweit Vermächtnisse auferlegen kann, als der Nachlaß des Vaters reicht (D. 35, 2, 11, 5).

---

tuisse intellegatur, sive filius heres non exstiterit sive exstiterit et impubes decesserit. Daß man aus einer Pupillarsubstitution auf eine Vulgarsubstitution schließen dürfe, war bereits zu Ciceros Zeiten (93 v. Chr.) in der berühmten causa Curiana durch den Zentumviralgerichtshof (S. 975[5]) entschieden. Ein gewisser Coponius hatte einen erwarteten postumus zu seinem Erben ernannt und diesem den Curius pupillarisch substituiert. Der postumus wurde nicht geboren, und es entstand ein Prozeß zwischen den Intestaterben, deren Advokat der Jurist Qu. Mucius Scaevola (S. 112) war, und dem Curius, der den Erbschaftsbesitz erlangt hatte. Curius, für den der Redner Crassus auftrat, trug den Sieg davon. Die Vermutung für den umgekehrten Fall stellte sich in der Kaiserzeit fest.

4. Quasipupillarsubstitution.

α. Ad exemplum pupillaris substitutionis (I. 2, 16, 1) kann nach Justinians C. 6, 26, 9 jeder Aszendent seinem geisteskranken Deszendenten, falls er ihm den Pflichtteil hinterläßt, einen Substituten für den Fall bestimmen, daß der Deszendent, ohne gesund und damit testierfähig geworden zu sein, versterben sollte. Der Aszendent soll den Substituten aber unter den gesunden Kindern und (mangels solcher) den Geschwistern des Deszendenten wählen. Es handelt sich auch hier um Bestimmung eines Erben für den ganzen Nachlaß des Deszendenten, nicht nur um eine fideikommissarische Substitution hinsichtlich des ihm vom Aszendenten Hinterlassenen (streitig).

β. Schon nach vorjustinianischem Rechte (D. 28, 6, 43, pr.) kann einem Vater durch kaiserliches Privileg das Recht verliehen werden, seinem (zB. wegen Stummheit) testierunfähigen Kinde einen Erben zu ernennen[28]).

## § 165. Das Vermächtnis.

a. Begriff[1]).

Vermächtnis (legatum) ist (S. 943) die Zuwendung eines Vermögensvorteils von Todes wegen durch Testament an einen Anderen, ohne daß dieser in Ansehung dieser Zu-

---

[28]) Die Soldatentestamente (unten § 167 c 2 β b) sind auch hinsichtlich der Pupillarsubstitution privilegiert; der miles braucht nicht für sich selbst ein Testament zu errichten (D. 29, 1, 15, 5) und kann auch dem emanzipierten Kinde (D. 29, 1, 41, 4) und selbst über die Jahre der Unmündigkeit hinaus (D. 28, 6, 15) einen Substituten ernennen. Doch bezieht sich dies nur auf Güter, „quae ab ipso (milite) ad eum cui substituit pervenerint, non etiam in his si quae habuerit vel postea adquisierit" (D. 29, 1, 41, 4).

[1]) Das Vermächtnisrecht ist behandelt in I. 2, 20—24 (2, 20: De legatis), D. 30—32 (De legatis et fideicommissis I, II, III, S. 129), ferner in D. 33—34, 4; 34, 7; 35, 2 und 3; 36, 2—4, endlich in C. 6, 37—54.

Im ABGB. findet sich die Begriffsbestimmung in § 535 die eingehende Regelung im II. Teil 11. Hptst. §§ 647—694.

wendung als Erbe eingesetzt ist (D. 30, 116, pr.: Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit). Aus dieser Begriffsbestimmung (ABGB. § 535) folgt:

1. Das Vermächtnis ist eine **Zuwendung von Todes wegen** und gleich allen solchen an die condicio iuris gebunden, daß der Honorierte (Legatar) den Erblasser überlebt (ebenso ABGB. arg. aus § 545).

2. Das Vermächtnis ist **keine Erbeinsetzung**, begründet daher stets nur eine Singular-, keine Universalsukzession. Über die besonderen Verhältnisse beim Universalfideikommiß vgl. § 166 a. Selbst wenn ein Vermächtnis, was zulässig ist, einem Erben zugewendet ist (**Prälegat**, S. 1020), erwirbt dieser es nicht iure hereditario, sondern iure legatario.

3. Das Vermächtnis ist eine Zuwendung durch **einseitige** Verfügung des Erblassers; dadurch unterscheidet es sich von der vertragsmäßigen donatio mortis causa (S. 948).

4. Das Vermächtnis ist die **unentgeltliche** Zuwendung eines Vermögensvorteils (D. 31, 36: Legatum est donatio testamento relicta), enthält also eine Liberalität gegen den Legatar auf Kosten des Erben. Nach früherem rR. war der Zweck des Legats, den Legatar zu bereichern, sogar so wesentlich, daß das **legatum poenae nomine relictum** (S. 288[7]), welches dem Erben als Strafe für den Fall auferlegt war, daß er eine gewisse Handlung begehen oder unterlassen sollte (zB. „heres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit" — oder „non collocaverit" — „dato decem aureos Seio", I. 2, 20, 36) ungültig war. Justinian hat dies jedoch beseitigt (C. 6, 41, 1).

Die Natur des Vermächtnisses als einer bloßen Liberalität hat zur Folge, daß der Vermächtnisnehmer (nach dem Kollisionsgrundsatze: melius est favere repetitioni quam adventicio lucro, S. 337) hinter den Nachlaßgläubigern zurücksteht (vgl. S. 971[4]).

5. Das Vermächtnis begründet einen **klagbaren Anspruch** des Honorierten gegen den Onerierten. Dadurch

unterscheidet es sich von der Auflage (modus, S. 951) und der Leistung, die ein bedingt Bedachter condicionis implendae causa vornimmt (S. 950). Denn in diesen Fällen hat der Begünstigte kein Klagerecht.

b. Anordnung des Vermächtnisses.

1. Form der Anordnung.

Wie S. 944 dargelegt, bestanden bis auf Justinian zwei Vermächtnisformen, Legat und Fideikommiß, von denen das dem Civilrecht entstammende formelle Legat nur in einem Testament oder in einem testamentarisch bestätigten Kodizill, das formlose Fideikommiß aber in beliebiger Weise errichtet werden konnte. Nach der Verschmelzung beider Institute in C. 6, 43, 2 können Vermächtnisse angeordnet werden:

α. in einem Testamente, und zwar jetzt (S. 998) auch vor der Erbeinsetzung;

β. in einem — vor 5 Zeugen errichteten, § 167[20] — testamentarischen oder Intestatkodizill;

γ. durch unmittelbaren Auftrag des Erblassers an den Beschwerten, sog. Oralfideikommiß (fideicommissum heredi praesenti iniunctum; unten § 167).[2])

2. Art der Anordnung.

α. Bis auf Justinian konnte ein Legat in vier verschiedenen Arten angeordnet werden, deren (in ihren Bezeichnungen ausgedrückte) Wirkungen verschieden waren.

a. Das legatum per vindicationem (Titio hominem Stichum do lego, doch auch Titius Stichum sumito oder sibi habeto oder capito, G. 2, 199), vermutlich die älteste Vermächtnisart, verschaffte dem Legatar unmittelbares quiritisches Eigentum, das er daher sofort mit der rei vindicatio geltend machen kann (Intentio: Si

[2]) Das ABGB. hat das Oralfideikommiß nicht aufgenommen und erkennt eine besondere Kodizillarform nicht an. Nach ABGB. kann ein Vermächtnis daher nur in einer gültigen letztwilligen Erklärung (§§ 553—565 und 575—603) angeordnet werden (§ 647).

paret suam rem ex iure Quiritium esse) und zwar nach der Lehre der Sabinianer sofort mit dem Antritte des Erben auch ohne Wissen und Wollen des Legatars, nach der Lehre der Prokulianer aber erst mit seiner Annahmeerklärung. Wegen des unmittelbaren Eigentumsübergangs konnten per vindicationem nur Sachen vermacht werden, deren quiritarischer Eigentümer der Testator sowohl zur Zeit der Testamentserrichtung als auch seines Todes ist; nur bei vertretbaren Sachen genügte Eigentum im letzteren Augenblicke (G. 2, 196). Streitig war unter den römischen Juristen (G. 2, 200), ob das bedingte Vindikationslegat pendente condicione als dem Erben gehörig (so die Sabinianer) oder gleich wie das unbedingte Legat bis zum Erwerbe durch den Legatar als niemandem gehörig anzusehen sei (so die Prokulianer). Die Ansicht der Sabinianer drang durch (D. 10, 2, 12, 2).

b. Das legatum per damnationem (Heres meus Stichum servum meum dare Lucio Titio damnas esto oder auch dato, G. 2, 201) begründete nicht unmittelbares Eigentum des Bedachten, sondern nur eine — wegen der Formel „dare damnas esto“ durch manus iniectio allerdings sofort vollstreckbare — obligatorische Verpflichtung des Belasteten zur Eigentumsübertragung. Im Gegensatze zum Vindikationslegat können per damnationem daher auch Gegenstände vermacht werden, die dem Testator nicht gehörten, sondern dem Erben selbst oder dritten, oder deren bloß bonitarischer Eigentümer der Erbe bisher war.

c. Eine Nebenart des Vindikationslegats war das legatum per praeceptionem (L. Titius hominem Stichum praecipito, G. 2, 216), nach den Sabinianern nur zulässig als Form für ein Prälegat zugunsten eines Miterben, nach den Prokulianern auch zugunsten Fremder zulässig.

d. Eine Nebenart des Damnationslegats war das legatum sinendi modo (Heres meus damnas esto sinere, L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere, G. 2, 209), durch welches anscheinend keine Verpflichtung des Erben zur Leistung, sondern nur zur Gestattung

der Wegnahme der legierten Sache begründet wurde. Im Gegensatze zum Vindikationslegate genügte hierbei, daß die legierte Sache dem Erben oder daß sie dem Erblasser zur Zeit seines Todes gehörte.

β. Durch ein SC. Neronianum (unter Nero) wurde die Bedeutung der gebrauchten Formeln herabgemindert, indem jedes Legat mindestens als Damnationslegat aufrecht erhalten werden sollte, zB. wenn es als Vindikationslegat errichtet war, als solches aber iure civili ungültig sein würde, weil der Erblasser nicht quiritischer Eigentümer der vermachten Sache war (Ulp. fr. 24, 11).

γ. Konstantins Söhne beseitigten den Gebrauch bestimmter Wortformeln und Justinian endlich verschmolz in C. 6, 43, 1 alle Arten von Legaten durch die Bestimmung, daß jedes Legat (und Fideikommiß, S. 945) ohne Rücksicht auf Form und Worte die gleichen Wirkungen haben, nämlich sowohl einen obligatorischen Anspruch gegen den Belasteten als auch unmittelbar das dingliche Recht an der vermachten Sache erzeugen sollte.

### 3. Beteiligte Personen.

Bei jedem Vermächtnisse sind drei Personen unmittelbar beteiligt: der **Erblasser** (Testator), der es anordnet, der **Beschwerte** (Onerierte), dem es obliegt, der **Vermächtnisnehmer** (Honorierte, Legatar, Bedachte), dem es zufällt.

α. **Ein Legat anordnen** kann nur, wer die testamenti factio activa hat (§ 167 b, D. 30, 2).

β. Mit einem Legat **beschwert** kann nach klassischem Rechte nur der Testamentserbe (S. 944), nach justin. Rechte aber — unter Übertragung der bis dahin nur für Fideikommisse geltenden Grundsätze (G. 2, 271) — jeder werden, der aus der Erbschaft etwas erhält (D. 32, 1, 6), also der Testaments- oder Intestaterbe, der Vermächtnisnehmer (Untervermächtnis, ABGB. § 649), der mortis causa Beschenkte (ABGB. § 956). Mangels anderweitiger Anordnung des Erblassers gelten die Erben und zwar nach dem Verhältnis ihrer Erbteile als beschwert (D. 31, 33, pr., ABGB. § 649).

Tritt an die Stelle des Beschwerten ein Substitut, so hat er nach einem Reskripte des Sept. Severus auch die dem ersteren auferlegten Vermächtnisse zu erfüllen (D. 30, 74; S. 1011). Im Gegensatze zu einer früheren Ansicht (D. 31, 29, 1 u. 2) wird dieser Grundsatz auch auf den Fall der Akkreszenz ausgedehnt (D. 31, 61, 1 „portio accrescit cum suo onere", S. 1006). Ebenso ABGB. anal § 563.

γ. Mit einem Legat bedacht werden können zunächst alle, die die testamenti factio passiva (S. 995) haben, darüber hinaus aber auch gewisse Personen, denen (als personae incertae, S. 996) die Erbeinsetzungsfähigkeit mangelt, nämlich auch eine beim Tode des Erblassers noch nicht erzeugte Person (S. 915, D. 31, 32, 6, C. 6, 37, 22, vgl. ABGB. § 647), ferner auch eine nicht einsetzungsfähige Körperschaft (S. 196, D. 34, 5, 20), endlich auch eine Person, die der Beschwerte oder ein Dritter aus einem gewissen Kreise auswählen soll (zB. unus ex libertis, D. 31, 17; 31, 67, 7; vgl. ABGB. § 651).

4. Prälegat.

Es kann auch einem der mehreren Erben ein Vermächtnis zugewendet werden (Prälegat, Vorausvermächtnis, ABGB. § 648). Das Prälegat kann entweder so angeordnet sein, daß der Beschwerte (ein bestimmter Miterbe oder ein Legatar) benannt ist (Prälegat im weiteren Sinne, D. 32, 34, 3); dann wird es wie jedes andere Legat behandelt. Oder der Beschwerte ist nicht besonders bezeichnet, so daß das Prälegat den Erben als solchen und damit zum Teil auch dem Honorierten selbst obliegt (D. 30, 104, 3), dann treten Besonderheiten ein nach dem Grundsatze (D. 30, 116, 1): Heredi a semet ipso legatum dari non potest, d. h. das Vermächtnis ist zu demjenigen Teil, zu welchem der Prälegatar Erbe ist, nichtig. Hieraus zieht das rR. die nachstehenden Folgerungen.

α. Ist das Prälegat einem der Erben allein vermacht, dann erhält der Prälegatar zwar den vermachten Gegenstand ganz, aber iure legati nur zu dem Teil, den

die anderen Erben beizutragen haben, dagegen zu dem Teil, den er selbst erbt, iure hereditario. Sind also A, B, C als Erben zu je $^1/_3$ eingesetzt und ist dem C ein Pferd prälegiert, so erwirbt es C zu $^1/_3$ als Erbe, zu $^2/_3$ als Legatar. Denn zu dem Drittel, zu dem C als Miterbe beschwert ist, ist das Legat nichtig und dies Drittel fällt demgemäß (S. 1024) dem damit belasteten C zu. Schlägt C die Erbschaft aus, so erhält er das Pferd ganz als Legatar (D. 30, 17, 2).

Soweit der Prälegatar nun das Prälegat als Erbe, nicht als Legatar erhält, muß er es auf die quarta Falcidia (unten § 165[26]) verrechnen (D. 35, 2, 74 u. 86). Ist er ferner mit einem Universalfideikommiß belastet, so muß er den seinem Erbteil entsprechenden Teil dem Fideikommissar herausgeben; denn er behält nur die Legate (D. 36, 1, 19, 3).

*β.* Ist das Legat einem der Erben (als Prälegat) und einem der Nichterben (als gewöhnliches Legat) vermacht, so fällt der Teil des Legats, den der Erbe iure legati nicht erhalten kann, nicht, wie im Falle *α*, an ihn iure hereditario, sondern kraft Akkreszenz (S. 1024) an den Kollegatar[3]).

*γ.* Ist endlich das Legat den zu ungleichen Erbteilen eingesetzten Miterben prälegiert, so wächst jedem der Miterben der Teil zu, zu dem der andere Erbe ist, d. h. sie

---

[3]) D. 30, 116, 1: Heredi a semet ipso legatum dari non potest, a coherede potest. itaque si fundus legatus sit ei qui ex parte dimidia heres institutus est et duobus extraneis, ad heredem cui legatus est sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus non amplius tertia parte: extranei autem et ab ipso herede cui legatum est semissem et ab alio herede trientem vindicabunt.

Werden also A und B je zur Hälfte zu Erben eingesetzt und ist dem B nebst zwei Nichterben C und D ein Grundstück vermacht, so erhalten B, C, D hiervon je $^1/_3$. Zu Bs Drittel trägt B nun aber als Miterbe selbst die Hälfte, also $^1/_6$ bei. Dieses kann er nicht erwerben; er erhält also nur das von A ihm zu gewährende $^1/_6$, während das von ihm zu leistende $^1/_6$ dem C und D mit je $^1/_{12}$ anwächst. B erhält also von dem Grundstücke nur $^1/_6$, C und D erhalten je $^1/_3 + {}^1/_{12}$ = je $^5/_{12}$.

teilen das Prälegat im umgekehrten Verhältnisse ihrer Erbteile.[4])[5])

5. Substitution.

Der Erblasser kann dem Bedachten andere Personen substituieren und zwar:

α. direkt, nach Art der Vulgarsubstitution (S. 1009), also für den Fall, daß der Erstbedachte das Vermächtnis nicht erwerben sollte (D. 31, 50, pr.; 31, 77, 13; ebenso ABGB. § 652). Die Substitution wird mit Eintritt des dies cedens (unten § 165 e) hinfällig; der Bedachte vererbt das Vermachte also schon von diesem Zeitpunkt an auf seine Erben, auch wenn er vor dem dies veniens stirbt (D. 34, 4, 31), es sei denn, daß der Erstbedachte das Vermächtnis ausschlägt (C. 6, 37, 6);

β. indirekt im Wege einer fideikommissarischen Substitution. Da nämlich für den Erwerb der Legate ein dem Satze semel heres, semper heres (S. 919) entsprechender Satz nicht gilt, kann auch schon nach rR. ohne weiteren Umweg dem Erstbedachten das Vermächtnis mit der Beschränkung zugewendet werden (durch Fideikommiß,

---

[4]) D. 30, 34, 12: Inde dicitur si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et eis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

Ist also A zu $^1/_{12}$, B zu $^{11}/_{12}$ eingesetzt und ist ihnen ein Grundstück prälegiert, so erhält jeder von ihnen an sich $^1/_2$ des Grundstücks. Zu As Hälfte trägt nun aber A als Erbe $^1/_{12}$, also $^1/_{24}$ zu, das er a semet ipso nicht erwerben kann; er behält also zunächst nur $^{11}/_{24}$, während er $^1/_{24}$ an B abgibt. Anderseits trägt B als $^{11}/_{12}$-Erbe zu der ihm als Kollegatar gehörenden Hälfte $^{11}/_{12}$, also $^{11}/_{24}$ zu, die er seinerseits an A abgibt, während er von seiner Hälfte nur $^1/_{24}$ behält. A erhält also an dem Grundstücke die von seiner Hälfte ihm verbleibenden $^{11}/_{24}$ und ihm akkreszieren von B $^{11}/_{24}$, er erhält also von dem Grundstücke $^{11}/_{12}$; B behält von seiner Hälfte $^1/_{24}$ und ihm akkresziert As $^1/_{24}$, er erhält daher nur $^1/_{12}$ des Grundstücks. Je höher hiernach der Erbteil, desto geringer der Anteil am Prälegat und umgekehrt.

[5]) Das ABGB. hat alles dies nicht übernommen, da es den Ausgangspunkt des rR.: heredi a semet ipso legari non potest verwirft; nach § 648 gilt das Vorausvermächtnis auch insoweit, als der Erbe selbst beschwert ist, als Vermächtnis.

nicht durch Legat, solange diese Unterscheidung noch praktisch war: a legatario legari non potest, Ulp. fr. 24, 20, daher der Name), daß es beim Eintreten eines gewissen Zeitpunktes oder Ereignisses (zB. des Todes des Erstbedachten) einem Anderen zufallen solle (sukzessives oder Nachvermächtnis; ebenso ABGB. § 652).

Eine besondere Art des sukzessiven Vermächtnisses ist — abgesehen von dem besonders zu besprechenden Universalfideikommiß — das fideicommissum familiae relictum. Hierbei ordnet der Erblasser an, daß ein gewisser Gegenstand dauernd in der Familie des Erblassers, des Erben oder des Bedachten verbleiben solle. Mangels anderer Bestimmung des Erblassers gehören zur Familie alle Verwandten, mangels solcher auch deren Ehegatten (C. 6, 38, 5, vgl. früher D. 31, 32, 6 u. 69, 4). Jeder Inhaber der Vermächtnissache kann sie einem dieser Verwandten nach seiner Wahl hinterlassen (D. 30, 114, 17); es besteht also keine bestimmte Folgeordnung. Er darf sie aber nicht Fremden veräußern oder vermachen, sonst sind die nächsten Familienglieder rückforderungsberechtigt. Das Fideikommiß erlischt bei Einwilligung oder Fortfall aller nachfolgeberechtigten Verwandten (C. 6, 42, 11) und wird nach Justinians Nov. 159 in der Hand des vierten Inhabers (post quatuor generationes) dessen freies Eigentum[6]).

6. Vermächtnis an mehrere Personen.

*α.* Ist ein Vermögensstück mehreren Personen alternativ vermacht (illi aut illi do lego), dann soll nach

---

[6]) Von diesem fideicommissum familiae relictum, das dem ABGB. unbekannt ist, unterscheidet sich das in Deutschland entstandene Familienfideikommiß nach Voraussetzungen und Wirkungen. Bei diesem Familienfideikommiß handelt es sich um Vermögensstücke (meist Grundstücke), welche durch ein Rechtsgeschäft des Eigentümers unter Lebenden oder von Todes wegen einer bestimmten Familie mit der Maßgabe zugewendet werden, daß sie sich in dieser dauernd als unveräußerliches Familiengut, ungeteilt nach einer bestimmten Erbfolgeordnung (sog. successio ex pacto et providentia maiorum) vererben sollen. Zur Errichtung desselben bedarf es eines Reichsgesetzes. Vgl. ABGB. §§ 618—646 und Pat. §§ 220—256.

Justinians Auslegungsregel in C. 6, 38, 4 (S. 989) das „aut“ in „et“ umgedeutet werden, das Vermächtnis also allen Genannten gemeinschaftlich zufallen. In der vorjustinianischen Zeit entstand ein Korrealverhältnis, so daß bis zur Litiskontestation mit einem der Korrealgläubiger jeder das ganze Vermächtnis fordern konnte (D. 31, 16; S. 510).

β. Ist ein Gegenstand mehreren (collegatarii) vermacht, so teilen sie ihn im Zweifel nach Köpfen (D. 30, 19, 2). Fällt einer der Kollegatare fort, so tritt Akkreszenz zugunsten der übrigen ein, falls dem Wegfallenden nicht ein Anderer substituiert war (Substitution hindert die Akkreszenz, S. 1010). Während jedoch bei der Erbeinsetzung die Akkreszenz als Folge des Universalsukzessionsprinzips mit Rechtsnotwendigkeit eintritt, auch wenn der Erblasser sie ausdrücklich ausgeschlossen hat (S. 1005), tritt sie bei Vermächtnissen nur ein, wenn nach dem durch Auslegung der letztwilligen Verfügung zu ermittelnden Willen des Erblassers jeder Kollegatar nicht nur seinen Teil, sondern eventuell das Ganze erhalten sollte, während im umgekehrten Falle freiwerdende Vermächtnisteile beim Beschwerten verbleiben (D. 30, 17 u. 60, S. 1021).

Das rR. hat hierfür gewisse Auslegungsregeln aufgestellt.

a. Ist ein Gegenstand mehreren Personen in demselben Satze (coniunctim, I. 2, 20, 8) vermacht, so ist zu unterscheiden:

1) Es liegt eine re et verbis coniunctio (S. 1003) vor (zB. Titio et Seio hominem Stichum do lego), d. h. der Testator hat die Anteile der einzelnen Kollegatare nicht bestimmt. Dann trat nach vorjustinianischem Rechte beim Vindikationslegat Anwachsung ein, indem jeder Kollegatar als auf die ganze Sache berufen angesehen wurde, während bei dem lediglich obligatorische Verpflichtungen des Beschwerten erzeugenden (S. 1018) Damnationslegat nach dem Satze: nomina (hier im Sinne von Nachlaßschulden) ipso iure sunt divisa jeder Kollegatar einen selbständigen Teilanspruch hatte, so daß keine Akkreszenz eintrat, sondern der ausfallende Teil beim Beschwerten verblieb (G. 2, 205).

Nach justin. Recht tritt Anwachsung ein, aber nur mit dem Willen des Kollegatars; wählt dieser jedoch die Anwachsung, so muß er auch die Lasten des ausfallenden Teils mit übernehmen (accrescit cum suo onere); vgl. C. 6, 51, 1, 11.[7])

2) Es liegt eine verbis tantum coniunctio vor (Titio et Seio fundum Cornelianum aequis portionibus do lego), d. h. den in demselben Satze auf die gleiche Sache eingesetzten Kollegataren sind vom Erblasser bestimmte Anteile zugewiesen. Für diesen Fall herrscht trotz einer ausdrücklichen, aber anscheinend aus Versehen aufgenommenen Quellenentscheidung (D. 32, 89) lebhafter Streit. Nach richtiger Ansicht sind die verbis tantum coniuncti nur auf den ihnen zugewiesenen Teil berufen; es tritt also keine Anwachsung ein, wenn das Gegenteil nicht als dem Willen des Testators entsprechend anzunehmen ist.

b. Ist derselbe Gegenstand mehreren Personen in verschiedenen Sätzen (disiunctim) vermacht, liegt also eine re tantum coniunctio vor (Titio hominem Stichum do lego. Seio Stichum do lego), so trat nach vorjustinianischem Recht beim Vindikationslegat Akkreszenz ein, während beim Damnationslegat die Sache als beiden Genannten ganz vermacht angesehen wurde, „ut heres alteri rem, alteri aestimationem eius praestare debeat“ (G. 2, 205). Nach justin. Recht tritt Akkreszenz ein und zwar kann der Kollegatar im Gegensatze zur re et verbis coniunctio die Anwachsung nicht ablehnen, erwirbt sie anderseits aber sine onere.

c. Ist derselbe Gegenstand einigen coniunctim, einem Anderen disunctim vermacht, so wächst beim Fortfall eines der ersteren sein Teil zunächst den mit ihm coniunctim Verbundenen zu (D. 30, 34, pr.: si coniuncti disiunctive commixti sint, coniuncti unius personae potestate funguntur).[7a])

---

[7]) In C. 6, 51, 1 beseitigte Justinian die Vorschriften der lex Iulia et Papia Poppaea, durch welche das Anwachsungsrecht in ähnlicher Weise wie bei der Erbeinsetzung (S. 1006[18]) zugunsten der mit Kindern gesegneten Väter beschränkt worden war.

[7a]) Nach ABGB. § 689 fällt ein erledigtes Legat auf den Nachberufenen (§ 652). Ist ein solcher nicht vorhanden und ist das ganze

Der Satz portio portioni accrescit (S. 1005) gilt auch für Legate (D. 35, 1, 26, 1), d. h. der Kollegatar braucht den Eintritt des die Akkreszenz herbeiführenden Ereignisses nicht zu erleben.

7. Nebenbestimmungen.

Anders als bei Erbeinsetzungen (S. 990) sind bei Vermächtnissen — wenigstens nach justin. Recht (C. 6, 37, 26) — alle Arten von Bedingungen und Befristungen zulässig. Ist eine Auflage beigefügt, so kann der Onerierte vom Honorierten bei Entrichtung des Vermächtnisses Kaution wegen Erfüllung des Modus, im Falle der Nichterfüllung das für die Auflage Aufzuwendende fordern (D. 35, 1, 40, 5; 33, 2, 17); vgl. S. 951.

c. Gegenstand des Vermächtnisses.

1. Allgemeines.

Gegenstand eines Vermächtnisses kann jeder Vermögensvorteil sein. Für einzelne Gegenstände gelten besondere Regeln (unten 2). Gewisse Grundsätze haben aber allgemeine Bedeutung.

*α.* Nichtig ist ein Vermächtnis, das gegen ein gesetzliches Verbot (vgl. zB. D. 30, 41, 15 — ein SC. von 122 n. Chr. —: ea quae aedibus iuncta sunt legari non possunt) oder die guten Sitten verstößt (D. 30, 112, 3) oder auf etwas unmögliches gerichtet ist (ebenso ABGB. §§ 653, 654 u. 878), so vor allem das Vermächtnis einer res extra commercium; es braucht daher nicht etwa ihr Geldwert geleistet zu werden (I. 2, 20, 4). Nichtig ist auch das Vermächtnis der eigenen Sache der Legatars (I. 2, 20, 10; vgl. ABGB. § 661).

*β.* In allen diesen Fällen kommt es nach rR. schon auf den Augenblick der Errichtung der letztwilligen Ver-

---

Vermächtnis mehreren Personen ungeteilt oder ausdrücklich zu gleichen Teilen zugedacht, so wächst der Anteil, den einer von ihnen nicht erhält, den übrigen ebenso, wie den Miterben die Erbschaft, zu. Außer diesen beiden Fällen bleibt das erledigte Vermächtnis in der Erbschaftsmasse.

fügung an: ist zu dieser Zeit die vermachte Sache zB. extra commercium oder im Eigentum des Legatars, so wird das Legat nicht dadurch gültig, daß der seine Nichtigkeit herbeiführende Umstand beim Tode des Testators fortgefallen ist, zB. die vermachte Sache in commercio oder von dem Legatar, dem sie bei Errichtung des Vermächtnisses gehörte, veräußert ist. Das besagt die regula Catoniana (S. 279, vgl. D. 34, 7), die sich aber auf bedingte Legate nicht bezieht (ad condicionalia Catoniana non pertinet, D. 30, 41, 2).[8])

2. Einzelne Vermächtnisgegenstände.

α. Körperliche Sachen.

a. Zum Nachlasse gehörige Sachen.

1) Eine vermachte Sache gilt als in dem Zustande vermacht, in dem sie sich zur Zeit des Erwerbs durch den Bedachten (S. 1038) befindet, also mit den inzwischen hinzugekommenen Vermehrungen (D. 30, 24, 2), während anderseits etwaige Wertverminderungen den Bedachten treffen. Zubehörstücke gelten im Zweifel als mitvermacht (vgl. ABGB. § 686).

2) Ist die vermachte Sache mit Grundgerechtigkeiten oder einem usus belastet, so muß der Legatar diese übernehmen („res transit cum suo onere"), es sei denn, daß der Erblasser die Sache dem Bedachten hat unbelastet zuwenden wollen (zB. mit der Klausel „uti optimus maximusque", D. 30, 69, 3, vgl. S. 521[3]). Besteht an ihr dagegen ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht, so hat der Beschwerte im Zweifel deren Fortschaffung zu bewirken (D. 31, 66, 6), aber nur, falls der Erblasser diese Belastungen

---

[8]) D. 35, 1, 98: Mea res sub condicione legari mihi potest, quia in huiusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed condicionis expletae spectari oportet.

Ursprünglich galt die regula Catoniana nicht für Fideikommisse. Bei der Verschmelzung der Legate und Fideikommisse im justin. Rechte wurde sie jedoch auf alle Vermächtnisse ausgedehnt, was freilich sehr bestritten ist.

kannte (I. 2, 20, 5, D. 30, 57; vgl. ABGB. §§ 662 und 686).

3) Die Früchte der vermachten Sache gebühren dem Legatar nicht schon vom Anfall des Vermächtnisses, sondern erst von der Übergabe an; die seit der Klageerhebung oder dem Verzug gezogenen oder versäumten Früchte muß der Beschwerte herausgeben oder ersetzen (C. 6, 47, 4; anders ABGB. § 686).

4) Der Beschwerte kann wegen Verwendungen auf die vermachte Sache Gegenansprüche haben (D. 30, 58—61).

b. Vermächtnis fremder Sachen.

Ist eine nicht zum Nachlasse gehörige Sache vermacht, so ist zu unterscheiden[9]):

1) Die Sache gehört dem Beschwerten; dann ist das Vermächtnis gültig, auch wenn der Erblasser sie für eine eigene gehalten hatte (D. 31, 67, 8). Der Bedachte erhält einen obligatorischen Anspruch auf Übergabe der Sache gegen den Beschwerten; anders ABGB. § 662.

2) Die Sache gehört dem Legatar; dann ist das Legat wegen Unmöglichkeit der Erfüllung nichtig (C. 6, 37, 15, S. 1026; vgl. ABGB. § 661), es sei denn, daß das Legat bedingt ist und die Sache zur Zeit der Erfüllung der Bedingung dem Legatar nicht mehr gehört (D. 35, 1, 98, S. 1027). Hat der Bedachte die Sache jedoch erst nach Errichtung des Vermächtnisses gegen Entgelt erworben, so gelten die Erwerbskosten als vermacht (D. 30, 34, 7), hat er sie unentgeltlich erworben, so ist das Vermächtnis nichtig (concursus duarum causarum lucrativarum, I. 2, 20, 6, S. 473).

3) Die Sache gehört einem Dritten; dann gilt das Vermächtnis nur, wenn der Erblasser dies gewußt hat (I. 2, 20, 4: forsitan enim, si scisset alienam, non legasset).

---

[9]) Nach ABGB. § 662 ist das Legat einer fremden Sache nur dann von Wirkung, wenn der Erblasser ausdrücklich verordnet hat, daß dieselbe gekauft und dem Legatar geleistet werden soll. Will sie der Eigentümer nicht um den Schätzwert veräußern, so ist dem Legatar dieser Wert zu entrichten.

Der Belastete hat in diesem Falle (sog. Verschaffungsvermächtnis) zu versuchen, die Sache vom Dritten zu erwerben (D. 30, 39, 7) und muß, wenn er dies nicht zu einem angemessenen Preise vermag, ihren Wert ersetzen (D. 30, 71, 3; vgl. ABGB. § 662). Er steht dem Berechtigten wie ein Verkäufer gegenüber, haftet daher für Eviktion (D. 31, 77, 8) und ist, falls die Sache ohne sein Verschulden untergeht, befreit (I. 2, 20, 16; vgl. ABGB. § 686 i. f.). Hatte der Erblasser ein ius ad rem auf die Sache, so muß der Erbe dies dem Legatar abtreten (D. 30, 39, 3; ebenso ABGB. § 662 Abs. 2).

c. Vermächtnis einer Sachgesamtheit.

Ist eine Sachgesamtheit vermacht, so gilt dies als einheitliches Vermächtnis der beim Tode des Erblassers vorhandenen Stücke (I. 2, 20, 18); das Vermächtnis kann daher nur im ganzen angenommen oder ausgeschlagen werden (D. 31, 6). Über den Umfang der vermachten Sachgesamtheit enthalten die Digestentitel 33, 6 ff. genaue Vorschriften.

d. Wahlvermächtnis.

Der Testator kann anordnen, daß der Bedachte eine von mehreren in der Erbschaft vorhandenen Sachen erhalten soll. Hierbei kann vorliegen:

1) ein alternatives Vermächtnis, wenn der Erblasser die Sachen, unter denen die Wahl stattfinden soll, einzeln bezeichnet (Titio Stichum aut Pamphilum do lego). Dann hatte nach vorjustinianischem Recht im Zweifel beim Vindikationslegat, das eine dingliche Klage begründete, der Legatar (D. 30, 34, 14), beim Damnationslegat der Onerierte als Schuldner die Wahl (D. 31, 11, 1);

2) ein Wahlvermächtnis im engeren Sinne, wenn die Wahl aus den in der Erbschaft vorhandenen (sonst liegt ein Gattungsvermächtnis vor, S. 1030) Sachen einer gewissen Gattung erfolgen soll (Titio hominem do lego, Ulp. fr. 24, 14). Dann galt nach vorjustinianischem Rechte das gleiche, wie zu 1). War dem Legatar das Wahlrecht aber ausdrücklich eingeräumt (Titius hominem optato

elegito, sog. legatum optionis od. optio s. electio legata, vgl. D. 33, 5), so galt die Ausübung des Wahlrechts durch den Legatar als Bedingung der Gültigkeit des Legats. Dieses fiel also fort, wenn der Legatar vor Abgabe der Wahlerklärung starb (I. 2, 20, 23).

Nach justin. Recht (C. 6, 43, 3) ist jedes Wahlvermächtnis vom Anfall an mit dem Wahlrechte vererblich. Das Wahlrecht steht im Zweifel dem Bedachten zu (D. 30, 34, 14, also dem Gläubiger, während sonst bei Wahlschulden der Schuldner die Wahl hat, S. 400).[10]) Kommt er hiermit in Verzug, so kann ihm der Belastete vom Gericht eine Frist setzen lassen, mit deren fruchtlosem Ablauf er das Legat verliert (D. 33, 5, 6 ff.). Unter Kollegataren und unter mehreren Erben eines Legatars, die sich über die Wahl nicht einigen können, entscheidet das Los (I. 2, 20, 23). Der Erblasser kann die Wahl aber auch dem Erben oder einem Dritten zuweisen. Bei Verzug geht das Wahlrecht auf den Legatar über (C. 6, 43, 3, 1). Beim Vermächtnis einer nur der Gattung nach bestimmten Nachlaßsache (oben 2) darf der wahlberechtigte Legatar nicht die beste, der wahlberechtigte Erbe nicht die schlechteste Sache der Gattung wählen (D. 30, 37, pr.; 30, 110). Die getroffene Wahl ist grundsätzlich unabänderlich (D. 33, 5, 4). Das Wahlrecht beim Wahlvermächtnis gehört zu den actus legitimi, welche keine Bedingung oder Befristung vertragen (S. 287).

e. Gattungsvermächtnis.

Ist eine nur der Gattung nach bestimmte Sache, aber (im Gegensatz zu d 2) ohne Beschränkung auf die im Nachlasse befindlichen Sachen, vermacht (legatum generis), so besonders eine Geldsumme oder eine andere vertretbare Sache, so hat der Belastete die Wahl, wenn das Vermächtnis nicht wegen Unbestimmbarkeit des Gegenstands überhaupt nichtig ist[11]).

---

[10]) Nach ABGB. gelten für das Wahlvermächtnis dieselben Grundsätze wie beim Gattungsvermächtnisse (ABGB. §§ 656—659).

[11]) D. 30, 71, pr.: Si domus alicui simpliciter sit legata neque adiectum quae domus, cogentur heredes quam vellent domum ex his, quas testator habebat, legatario dare: quod

Der Belastete haftet bei Eviktion der geleisteten Sache (D. 30, 45, 1 u. 30, 71, 1; vgl. ABGB. §§ 656—659).

β. Vermächtnis von Rechten.

a. Vermächtnis von Forderungen.

1) Das Forderungsvermächtnis (legatum nominis) hat zum Gegenstande die Zuwendung einer Forderung (des Erblassers — Titio centum quae Maevius mihi debet, do lego — aber auch des Onerierten oder eines Dritten). Ist die Forderung vor dem Tode des Erblassers durch Zahlung oder Hinterlegung erloschen, so ist das Legat wirkungslos (S. 1036); die Umstände können aber ergeben, daß das Eingezogene oder dafür Angeschaffte an die Stelle der vermachten Forderung treten soll (D. 32, 11, 13 und D. 32, 64; vgl. ABGB. § 664).

2) Das Schuldbefreiungsvermächtnis (legatum liberationis, liberatio legata, D. 34, 3) geht auf Befreiung des Bedachten von einer Schuld gegenüber dem Erblasser, dem Erben oder einem Dritten (decem quae mihi Titius debet ei do lego). Streitig ist, ob das Vermächtnis, falls die Schuld beim Tode des Erblassers nicht (oder nicht mehr) besteht, unwirksam oder als Summenvermächtnis aufrecht zu halten ist (vgl. D. 30, 75, 2, D. 33, 88, 10). Die in Unkenntnis des Vermächtnisses geleistete Zahlung des Bedachten an den Erben erzeugt die condictio indebiti, da der Legatar durch das Legat eine exceptio perpetua gegen die Forderungsklage erlangt (D. 12, 6, 26, 7); vgl. ABGB. § 663.

3) Das Schuldvermächtnis (legatum debiti, debitum legatum: Titio centum quae ei debeo do lego) hat zum Gegenstande das, was der Erblasser dem Honorierten schuldet; vgl. ABGB. § 665. Nach rR. wird ein solches Legat nur dann als wirksam aufgefaßt, wenn der mit dem Legate bedachte Gläubiger dadurch irgendwie begünstigt wird (I. 2, 20, 14), zB. durch Beseitigung einer

---

si nullas aedes reliquerit magis derisorium est quam utile legatum.

Befristung oder Einrede. Es tritt dann Klagenkonkurrenz ein, aber so daß durch Abweisung der einen die andere Klage unberührt bleibt, da die Klagegründe verschieden sind (D. 34, 3, 28, 14). Hat der Erblasser jemandem eine ihm geschuldete, genau bezeichnete Leistung vermacht, obwohl er sie ihm in Wahrheit nicht schuldete, so gilt dies als bloße falsa demonstratio und das Vermächtnis wird aufrechterhalten (D. 30, 75, 1).

Ein Fall des legatum debiti ist das Vermächtnis einer bestellten Dos, welche nach dem Tode des Erblassers zurück zu geben ist, an den Rückforderungsberechtigten (dos praelegata s. relegata, D. 33, 4). Der letztere wird dadurch insofern begünstigt, als der Erbe die Rückgabefrist (S. 862) sowie seine Ansprüche wegen Verwendungen (außer für impensae necessariae) verliert (D. 33, 4, 1, 2; 33, 4, 5). Ist eine dos gar nicht bestellt, so gilt der angebliche, bestimmt bezeichnete Dotalgegenstand als vermacht (I. 2, 20, 15; vgl. ABGB. §§ 669—671).

b. Vermächtnis dinglicher Rechte.

Der Erblasser kann dem Legatar ein schon bestehendes Recht an einer fremden Sache oder ein erst zu begründendes Recht an einer eigenen oder fremden Sache vermachen. Besonders häufig ist das Vermächtnis von Servituten, insbesondere von Personalservituten (D. 33, 2: De usu et usu fructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis; D. 33, 3: De servitute legata).

Für das Vermächtnis eines Nießbrauchs gilt besonderes.

1) Ist dem A eine Sache schlechthin, dem B der Nießbrauch daran vermacht, so teilen A und B den Nießbrauch, da das Vermächtnis an A Proprietät und Nießbrauch umfaßt. Soll B also allein den Nießbrauch erhalten, so muß dem A die Sache detracto usufructu vermacht werden (D. 33, 2, 19).

2) Ist der Nießbrauch an einer Sache mehreren gemeinschaftlich vermacht, so gilt ein eigentümliches Akkres-

zenzrecht. Dem Kollegatar wächst der Teil des Wegfallenden nämlich auch dann zu, wenn der Wegfall nach dem Erwerbe stattfindet (D. 7, 2, 4) und selbst dann, wenn der Kollegatar seinen Teil selbst inzwischen wieder verloren hat (der Nießbrauch akkresziert „personae", nicht „portioni"; D. 7, 2, 10).

3) Der einer juristischen Person vermachte Nießbrauch erlischt nach 100 Jahren (S. 790).

4) Auch ein Quasiusufrukt kann vermacht werden, zB. an der ganzen Erbschaft (D. 7, 1, 29).

c. Vermächtnis wiederkehrender Leistungen.

1) Das Rentenvermächtnis (D. 33, 1: legatum annum, menstruum usw.) gilt im Zweifel (D. 31, 1, 8) als für die Lebenszeit des Bedachten vermacht, aber als eine Mehrheit von Vermächtnissen; daher erhält der Bedachte nur die Renten der Zeitabschnitte, deren Beginn er erlebt (D. 33, 1, 4); vgl. ABGB. § 687. Dagegen gilt ein zu verschiedenen Terminen zahlbares, aber einheitlich hinterlassenes Kapital (sog. Ratenvermächtnis) ganz als erworben, wenn der Bedachte nur den Anfall erlebt (D. 36, 2, 20 und 26, 2). Ein Rentenvermächtnis kann auch auf die Erben und Erbeserben des Bedachten erstreckt werden (C. 6, 37, 22).

2) Das Alimentenvermächtnis (D. 34, 1) zur Versorgung[11a]) des Bedachten auf Lebenszeit ist dieses Zweckes wegen bevorzugt. Alimente können auch einem Erbunfähigen vermacht werden (D. 34, 1, 11). Ferner sollen „usque ad pubertatem" hinterlassene Alimente als bis zur plena pubertas (S. 239[1]) vermacht gelten, d. h. bis zum 18. (nicht 14.) Jahre bei Knaben und bis zum 14. (nicht 12.) Jahre bei Mädchen (D. 34, 1, 14, 1). Eine

---

11a) Über den Umfang der Alimentationspflicht bei Vermächtnissen sagen ll. 6, 7, D. 34, 1: Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur, nisi aliud testatorem sensisse probetur; vgl. ABGB. §§ 672 und 673.

allgemeine Zurücknahme der Vermächtnisse ist im Zweifel auf Alimentenvermächtnisse nicht zu beziehen (D. 34, 1, 18, 3). Endlich bedarf ein Vergleich über hinterlassene Alimente gerichtlicher Bestätigung (S. 272).

d. Unwirksamkeit der Vermächtnisse.

Ein Vermächtnis ist von vornherein unwirksam (legatum non scriptum, inutile), wenn es nicht rechtsgültig errichtet ist (§ 169[20]) oder auf einen unzulässigen Gegenstand geht (S. 1026). Es wird durch späteren Fortfall des Ungültigkeitsgrundes nicht rechtsbeständig (regula Catoniana, S. 1027). Es kann aber auch nachträglich unwirksam werden und zwar durch Umstände, die vor dem Anfall (S. 1037) oder durch solche, die nachher eingetreten sind.

1. Unwirksamwerden vor dem Anfall.

α. Vermächtnisse werden unwirksam durch Widerruf (ademtio, I. 2, 21, D. 34, 4), welcher erfolgen kann:

a. durch Widerruf des Testaments (unten § 167d 2), in welchem sie angeordnet sind (D. 29, 7, 3, 2). Ist das Testament aber nicht ganz widerrufen, sondern sind zB. nur einzelne Bestimmungen desselben gestrichen, so kann der Erblasser die Absicht gehabt haben, die Vermächtnisse bei Kräften zu lassen (D. 28, 4, 2);

b. durch Widerruf des Vermächtnisses selbst. Bis zur Gleichstellung von Legat und Fideikommiß (S. 945) bedurfte es zur unmittelbaren Beseitigung des Legats einer rechtsförmlichen Erklärung (fundum neque do neque lego); formloser Widerruf gab dem Beschwerten nur eine exceptio doli (D. 34, 4, 15), während Fideikommisse nuda voluntate (D. 34, 4, 3, 11) als ipso iure beseitigt galten. Später genügte in allen Fällen eine den Widerrufswillen enthaltende ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung. Das Vermächtnis gilt zB. als widerrufen: durch Ausstreichen (D. 34, 4, 16 u. 17), durch Veräußerung der vermachten Sache (D. 34, 4, 15 u. 18, vgl. ABGB. § 724), ja schon bei Entstehung von Todfeindschaft zwischen dem Erblasser und dem Bedachten (D. 34, 4, 3, 11). Ein unter einer

Bedingung widerrufenes Vermächtnis gilt als unter der entgegengesetzten Bedingung angeordnet (D. 34, 4, 10). Ob durch Errichtung eines Testaments die vorher errichteten Intestatkodizille als widerrufen zu erachten sind, ist nach der aus dem Testamente zu ermittelnden Absicht des Testators zu beurteilen (I. 2, 25, 1, D. 29, 7, 5); mehrere Kodizille bestehen aber im Zweifel nebeneinander (D. 29, 7, 6, 1, vgl. ABGB. § 714);

c. durch Errichtung eines Vermächtnisses an Stelle eines anderen (translatio legati, zB. „quod Titio legavi, id Seio do lego", D. 34, 4, 5).[12]) Ist die neue Vermächtnisverfügung wirkungslos (zB. weil zugunsten eines Erbunfähigen angeordnet, D. 34, 4, 20), so gilt die erstere dennoch als widerrufen.

Wirkungslos ist der Widerruf, wenn er unverständlich ist, insbesondere wenn nicht ersichtlich ist, welches von mehreren Vermächtnissen widerrufen sein soll (vgl. die Antinomie zwischen D. 34, 4, 3, 7 u. 34, 5, 10; beide Stellen sind von Ulpian).

β. Außer durch Widerruf kann ein Vermächtnis vor dem Anfall wirkungslos werden:

a. durch Wegfall des Bedachten, sei es daß er stirbt (ebenso ABGB.) oder erbunfähig wird, zB. wenn der bedachte Verein die Rechtsfähigkeit verliert. Wird die Erbunfähigkeit jedoch vor dem Anfall wieder gehoben, so bleibt das Vermächtnis in Kraft; denn die regula Catoniana bezieht sich nur auf Ungültigkeitsgründe, die zur Zeit der Errichtung vorhanden sind, nicht auf später eintretende (S. 1027);

b. durch Wegfall des Belasteten, sofern nicht ein anderer (Substitut, Miterbe, Kollegatar, Fiskus) an seine Stelle tritt;

---

[12]) D. 34, 4, 6, pr.: Translatio legati fit quattuor modis: aut enim a persona in personam transfertur; aut ab eo qui dare iussus est transfertur, ut alius det: aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei: aut quod pure datum est, transfertur sub condicione.

c. durch Wegfall des Vermächtnisgegenstands; tritt an seine Stelle jedoch ein anderer Gegenstand, so wird in der Regel der Absicht des Testators entsprechend dieser als vermacht anzusehen sein (D. 30, 44, 2; 32, 88). Über den concursus duarum causarum lucrativarum vgl. S. 473.

2. Unwirksamwerden nach dem Anfall.

α. Da nach rR. die Erbeinsetzung „caput atque fundamentum totius testamenti" war (S. 999[9]), wurden das ganze Testament und die darin vorbehaltenen Kodizille und daher auch die Vermächtnisse unwirksam, wenn sich die Erbeinsetzung als ungültig herausstellte oder durch Ausschlagung des eingesetzten Erben hinfällig wurde (D. 26, 2, 9: Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt). Die Vermächtnisse fielen daher nicht etwa den an die Stelle der Testamentserben tretenden Intestaterben zur Last[13]). Ausnahmsweise bleiben die Vermächtnisse trotz Wegfalls der Erbeinsetzung in Kraft:

a. bei Anfechtung des Testaments wegen Verletzung des Pflichtteils (unten § 169);

b. wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft aus dem Testament in der dolosen Absicht ausschlägt, sich oder einem Dritten die Erbschaft frei von Vermächtnissen zu verschaffen, auf Grund des Edikts Si quis omissa causa testamenti (S. 960);

c. infolge der Kodizillarklausel (S. 942);

d. wenn die Erbschaft als vakant an den Fiskus fällt (D. 30, 96, 1).

---

[13]) Anders ABGB. § 726, wonach die Unwirksamkeit einer von mehreren testamentarischen Verfügungen die Unwirksamkeit der übrigen nicht zur Folge hat und beim Wegfalle des Beschwerten derjenige das Vermächtnis zu errichten hat, dem der Wegfall unmittelbar zustatten kommt. Entsagen die testamentarischen Erben, so treten die gesetzlichen Erben an deren Stelle. Diese sind verpflichtet, die übrigen letztwilligen Verfügungen des Erblassers zu befolgen. Entsagen auch sie der Erbschaft, so werden die Legatare verhältnismäßig als Erben betrachtet. Diese Bestimmung gilt auch beim Abgange gesetzlicher Erben oder bei Erbunfähigkeit der vorhandenen Erben.

β. Tritt Unmöglichkeit der Erfüllung des Legats nach dessen Anfall ein, so haftet der Beschwerte nach den Grundsätzen über den Einfluß nachfolgender Unmöglichkeit auf den Bestand der Schuldverhältnisse (S. 427). Der Legatar hat also einen Schadensersatzanspruch, sofern die Erfüllungsunmöglichkeit auf einem Verschulden des Beschwerten beruht. Darüber hinaus haftet aber nach D. 31, 63 und 36, 1, 26, 2 u. 3 der Beschwerte, wenn er die Unmöglichkeit, das Vermächtnis zu erfüllen, durch seine Handlung herbeigeführt hat, auch wenn ihn hierbei kein Verschulden trifft (vgl. ABGB. § 686);

γ. auch durch Erbunwürdigkeit des Legatars kann das Vermächtnis wirkungslos werden (unten § 170).

e. Erwerb der Vermächtnisse[14]).

Für den Erwerb der Vermächtnisse kommen zwei Zeitpunkte in Betracht: der Anfallstermin (dies legati cedens) und der Erwerbstermin (dies legati veniens, vgl. S. 297[2]).

1. Das Legat fällt an (dies cedit): regelmäßig mit dem Tode des Erblassers, bei aufschiebend bedingten Vermächtnissen dagegen erst mit dem Eintritte der Bedingung; ebenso ABGB. § 684. Mit Eintritt des dies cedens erhält der Bedachte eine feste und vererbliche[15]) Anwartschaft auf den Erwerb des Vermächtnisses. Stirbt der Legatar aber vor Eintritt der Suspensivbedingung, unter welcher ihm das Legat zugewendet ist, so überträgt er es nicht auf seine Erben; vielmehr ist das Legat wirkungslos[16]).

---

[14]) D. 36, 2: Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat; C. 6, 53.

[15]) Bei ihrem Inhalte nach unvererblichen Legaten, zB. beim vermachten Nießbrauch, ist dies natürlich bedeutungslos, D. 36, 2, 5, pr. und 1.

[16]) D. 36, 2, 5, 2: Sed si sub condicione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit quam condicio fuerit impleta, ne quidem si ea sit condicio, quae in potestate sit legatarii. Die Früchte des Vermächtnisses bis zum Eintritte der Bedingung gebühren daher dem Onerierten.

Nach dem dies cedens ist auch die testamenti factio passiva und die Kapazität des Bedachten zu beurteilen.

2. Das Legat wird **erworben** (dies venit): regelmäßig mit dem Antritt der Erbschaft seitens des Belasteten, bei aufschiebend bedingten oder befristeten Legaten aber erst mit Eintritt der Bedingung oder Zeitbestimmung[17]). Mit Eintritt des dies veniens erhält der Legatar die unten f behandelten Rechte aus dem Legat und zwar nach richtiger Ansicht[18]) ipso iure, d. h. ohne daß er das Legat anzu-

---

Bei befristeten Legaten muß man unterscheiden (S. 297[1]), ob die Befristung nur die Erfüllungszeit hinausschieben soll, dann vererben sie sich schon vom Tode des Erblassers an; oder ob „per diem condicio demonstratur", d. h. ob der Bedachte das Vermächtnis nur dann erhalten soll, wenn er den bestimmten Tag erlebt, dann vererben sie sich erst von diesem Zeitpunkt an; vgl. D. 36, 1, 48. Nach D. 35, 1, 79, pr. und 1 ist ein Vermächtnis: „heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato" nur betagt, also vererblich, „quia non condicione, sed mora suspenditur"; dagegen ein Vermächtnis: „heres meus, cum ipse morietur, centum Titio dato" bedingt, daher beim Versterben des Titius vor dem Erben nicht vererblich: „quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo". Dasselbe gilt von einem Vermächtnis mit der Hinzufügung: cum pubes erit (sog. dies incertus an, certus quando), insofern es ungewiß ist, ob der Legatar den Tag erlebt (D. 36, 2, 21, pr.).

Über die **Abtretbarkeit** bedingter Vermächtnisforderungen vgl. D. 35, 1, 41, über den Fall der **cautio Muciana** S. 991.

[17]) In der Regel wird der dies cedens dem dies veniens vorhergehen, er kann aber auch mit ihm zusammenfallen, so, wenn der eingesetzte Erbe als heres necessarius die Erbschaft mit dem Erbfall ipso iure erwirbt, ferner wenn die Bedingung des Legats erst nach dem Erbantritt erfüllt wird, wenn das vermachte Recht ein höchstpersönliches Recht ist (Anm. 15), endlich wenn bei einem Anfall vor dem Erbschaftsantritte das Vermächtnis wirkungslos sein würde, zB. wenn es einem im Testamente freigelassenen Sklaven hinterlassen ist; D. 36, 2, 8: Nam cum libertas non prius competat quam adita hereditate, aequissimum visum est nec legati diem ante cedere: alioquin inutile fierit legatum, si dies eius cessisset antequam libertas competeret.

Nach der lex Iulia et Papia Poppaea trat der dies cedens erst mit der Testamentseröffnung ein. Dies hat Justinian beseitigt (C. 6, 51, 1, 5).

[18]) Hierüber bestand (G. 2, 200) ein Schulstreit zwischen den Prokulianern, die die vermachte Sache (beim Vindikationslegat) bis

nehmen oder von dem Anfall auch nur Kenntnis zu haben braucht (D. 31, 77, 3), aber mit dem Recht, es mit rückwirkender Kraft auszuschlagen (repudiatio, D. 30, 44, 1; 34, 5, 15). Die Erklärung über Annahme und Ausschlagung des Legats kann erst nach dessen Anfall (D. 30, 45, 1), und nur bezüglich des ganzen Legats erfolgen (D. 31, 4); wohl aber kann von mehreren Legaten das eine angenommen, das andere abgelehnt werden (D. 31, 5, pr.).[19])

Im Falle der Ausschlagung fällt das Legat zunächst einem etwaigen Substituten (S. 1022), mangels eines solchen kraft Akkreszenzrecht dem Kollegatar (S. 1024) zu; in letzter Linie bleibt es beim Onerierten; ähnlich ABGB. § 689.

### f. Rechte aus dem Vermächtniserwerb.

#### 1. Erwerb des Vermachten.

*a.* Nach vorjustinianischem Rechte war hinsichtlich der Art, in welcher das Vermachte dem Legatar zufällt, zwischen dem Vindikationslegat sowie dem Präzeptionslegat einerseits und dem Damnationslegat sowie dem legatum sinendi modo anderseits zu unterscheiden. Bei den beiden

---

zur Erklärung des Legatars als herrenlos behandelten, und den Sabinianern, die den ipso iure Erwerb vertraten. Nach D. 8, 6, 19, 1 scheint Justinian die letztere Ansicht angenommen zu haben.

[19]) Wie S. 1036 dargelegt, war die Rechtsbeständigkeit der Legate nach rR. vom Wirksamwerden der Erbeinsetzung abhängig. Daher trat der Erwerb erst nach dem Antritte der Erbschaft seitens des Erben ein. Das ABGB. hat diesen Grundsatz verlassen. Nach ABGB. ist daher der Erwerb der Legate nicht mehr vom Erwerbe der Erbschaft durch den berufenen Erben abhängig. Nichtsdestoweniger unterscheidet das ABGB. zwischen dies cedens und dies veniens. Ersterer ist in der Regel der Todestag des Erblassers; nur wenn das Vermächtnis unter einer aufschiebenden Bedingung hinterlassen wurde, tritt der Anfall erst mit Erfüllung der Bedingung ein (§ 684). Mit dem Anfallstage erwirbt der Legatar ipso iure, jedoch nicht gegen seinen Willen einen festen (vererblichen) Anspruch auf das Legat. Letzterer ist der Erfüllungstag für den Onerierten, der Zahlungstag, und tritt in der Regel erst ein Jahr nach dem Todestage ein; ausgenommen das Vermächtnis einzelner Verlassenschaftssachen, Belohnungen des Dienstgesindes und fromme Vermächtnisse, welche sofort zu entrichten sind (§ 685).

ersteren Arten wurde die vermachte Sache mit Eintritt des dies veniens Eigentum des Bedachten, vorausgesetzt natürlich, daß sie dem Erblasser gehörte, was Gültigkeitsbedingung war (S. 1018). Der Legatar konnte also ohne weiteres die rei vindicatio anstellen (G. 2, 194). Beim leg. per damnationem und sinendi modo dagegen erwuchs dem Legatar lediglich eine persönliche Forderung gegen den Belasteten (G. 2, 204).

β. Justinian beseitigte diese Unterschiede und bestimmte (C. 6, 43, 1, 1), daß alle Arten von Vermächtnissen, soweit dies ihrem Gegenstande nach zulässig ist, gleichzeitig dingliche und persönliche Ansprüche begründen sollen. Mit dem dies veniens geht daher die vermachte Sache, falls sie im Eigentume des Erblassers stand, auch ohne Besitzübertragung in das Eigentum des Erben über; ist ein dingliches Recht vermacht, so gilt der Legatar vom dies veniens an als dinglich Berechtigter (anders ABGB. § 684 i. f.). Daher kann der Erbe über vermachte Sachen rechtswirksam nicht verfügen (D. 30, 69, 1; 35, 1, 105) und ein ausdrückliches Veräußerungsverbot sichert das Recht des Legatars, so daß gegen ihn auch nicht die ordentliche Ersitzung läuft (C. 6, 43, 3, 2 ff.).

Aber der Legatar ist auf Grund der ihm von selbst zufallenden dinglichen Rechtsstellung nicht berechtigt, sich eigenmächtig in den Besitz des vermachten Gegenstands zu setzen; vielmehr muß er den Erben, falls erforderlich, auf Herausgabe des Vermachten verklagen (actio ex testamento, actio legati); denn der Erbe ist unter Umständen (S. 1042) zu Abzügen berechtigt und kann Gegenansprüche haben. Setzt der Legatar sich daher eigenmächtig in den Besitz der vermachten Gegenstände, so muß er sie auf Verlangen des Erben und gegen Sicherheitsbestellung desselben zunächst wieder herausgeben. Zu diesem Zwecke steht dem Erben ein interdictum (adipiscendae possessionis) quod legatorum[20]) zur Seite.

---

[20]) D. 43, 3, C. 8, 3. Vgl. D. 43, 3, 1, 2: ... continet hanc causam, ut, quod quis legatorum nomine non ex voluntate

2. Rechtsverhältnis zwischen dem Beschwerten und dem Legatar.

Zwischen dem Beschwerten und dem Legatar entsteht ein kontraktähnliches Verhältnis (I. 3, 27, 5; obligatio quasi ex contractu, S. 395[8]).

*a.* Rechte des Legatars.

a. Der Bedachte kann vom dies veniens an die Herausgabe des Legats verlangen (vgl. ABGB. § 685). An die Stelle der Zuwendung kann Geldentschädigung treten, wenn der Beschwerte die Leistung nicht zu beschaffen vermag, so beim Vermächtnis von Sachen dritter (S. 1028) oder im Falle zu vertretender nachträglicher Unmöglichkeit (S. 1036).[20a]) Früchte und Zinsen sind mangels besonderer Bestimmung des Erblassers (D. 36, 1, 19, pr.) erst vom Verzug an zu leisten. Nur bei Vermächtnissen ad pias causas müssen sie vom Todestage des Erblassers an entrichtet werden, falls der Beschwerte das Vermächtnis nicht innerhalb von 6 Monaten seit der Testamentseröffnung entrichtet (Nov. 131, 12). Bei diesen Vermächtnissen wird ferner der Beschwerte, der es zur Klage kommen läßt, auf das Doppelte verurteilt (lis infitiando crescit in duplum), was nach älterem Rechte bei allen Damnationslegaten eintrat (G. 4, 9).

b. Zur Sicherung seines Vermächtnisanspruchs stehen dem Legatar zur Seite:

1) ein gesetzliches Pfandrecht an allem vom Legatar aus der Erbschaft Erworbenen (S. 808);

2) ein Anspruch auf Sicherstellung (durch Bürgen)

---

heredis occupavit, id restituat heredi. etenim aequissimum praetori visum est unumquemque non sibi ipsum ius dicere occupatis legatis, sed ab herede petere.

20a) Der Onerierte haftet dem Honorierten wegen dolus und culpa; falls dem Belasteten jedoch kein Vorteil aus der Verfügung erwächst, nur wegen dolus und lata culpa (D. 30, 47, 4 und 5; 30, 108, 12). Unverschuldet notwendig gewordene Verwendungen sind dem Belasteten zu ersetzen (S. 1048); unter Umständen hat er Kondiktionen (D. 30, 58—61; ABGB. § 686).

bei bedingten oder befristeten Vermächtnissen (D. 36, 3, C. 6, 54).[21]) Wird die Kaution nicht geleistet, so kann der Vermächtnisnehmer die Einweisung in die beim Beschwerten befindlichen Nachlaßgegenstände zur Innehabung neben dem Beschwerten verlangen (missio legatorum servandorum causa, D. 36, 4, S. 387);

3) ein Anspruch auf Einweisung in das eigene Vermögen des Beschwerten (von Caracalla eingeführte sog. missio Antoniniana, D. 36, 4, 5, 16 ff.), falls das Vermächtnis binnen 6 Monaten seit der Klageerhebung nicht entrichtet ist. Bei dieser missio erhält der Bedachte Alleinbesitz und die Befugnis, sich aus den Erträgnissen zu befriedigen[22]).

### β. Rechte des Beschwerten.

#### a. Abzug der Quarta Falcidia.

Wenn die Rechtsstellung des Legatars so einerseits begünstigt wurde, war man anderseits auf Mittel bedacht, um den Erben gegen eine Überschwerung des Nachlasses mit Vermächtnissen zu sichern, die eine von der Erbfolge abschreckende Wirkung ausüben mußte[23]). Unter Beseitigung

---

[21]) Öffentliche Verbände brauchen keine Sicherstellung durch Bürgen zu leisten (D. 36, 3, 1, 18 und 6, 1; S. 386); der Erblasser kann — außer bei einem vermachten Nießbrauche (S. 782[9]) — die Kaution erlassen (C. 6, 54, 2 und 7), der Honorierte auf sie verzichten (D. 2, 14, 46).

[22]) Nach ABGB. § 684 ist für den Bedachten in allen Fällen, auch beim Vermächtnis einer bestimmten zum Nachlasse gehörigen Sache, nur ein obligatorischer Anspruch gegen den Beschwerten begründet. Nach ABGB. § 688 kann der Legatar nur in jenen Fällen Sicherstellung verlangen, in welchen ein Gläubiger Anspruch auf Sicherstellung hat. Hiernach kann er unter den Voraussetzungen des ABGB. § 821 die Absonderung der Verlassenschaft begehren, dann nach Maßgabe der EO. §§ 821 ff. die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragen. Nur bei bedingten oder betagten Legaten, beim Vermächtnisse fortlaufender Leistungen kann der Legatar gemäß Pat. § 161 Abs. 2 Sicherstellung fordern.

[23]) G. 2, 224: Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus (Freilassungen) erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis:

älterer Gesetze[24]) regelte diesen Punkt endgültig die berühmte lex Falcidia, ein Plebiszit aus dem Jahre 40 v. Chr. Danach mußte dem Erben der vierte Teil seiner Erbportion von Legaten und anderen letztwilligen Belastungen frei verbleiben[25]). Er hatte also das Recht, die Vermächtnisse und sonstigen Belastungen entsprechend zu mindern, m. a. W. das Recht zum Abzuge der Quarta Falcidia[26]).

---

quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur.

[24]) Dies waren die lex Furia testamentaria (nicht zu verwechseln mit der l. F. de sponsu, S. 603[4]), wonach kein Legat 1000 As übersteigen durfte, und die lex Voconia (169 v. Chr., S. 996), wonach kein Legatar mehr erhalten durfte als der Erbe (G. 2, 225 und 226).

[25]) I. 2, 22: De lege Falcidia; D. 35, 2, C. 6, 50: Ad legem Falcidiam. Vgl. D. 35, 2, 1, pr.: Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem ($^9/_{12}$) his verbis: „qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit". secundo capite modum legatorum constituit his verbis: „quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantum cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant . . ."

[26]) Über die Berechnung dessen, was dem Erben danach verbleiben mußte, dem „Soll" der Quart, ferner dessen, was ihm tatsächlich auf dieses „Soll" zufloß, dem „Hat" der Quart, und endlich dessen, was den Bedachten danach zu gewähren war, bestanden eingehende Vorschriften. Dabei wurde der Augenblick des Todes des Erblassers zugrunde gelegt (D. 35, 2, 73, pr.). Das „Soll" der Quart richtete sich nach dem Nettobetrage des Nachlasses (n) nach Abrechnung von Schulden, Beerdigungskosten und Liquidationskosten und betrug für den zum pten Teile berufenen Erben $\frac{n}{4p}$. In das „Hat" des Erben war nur einzurechnen, was der Erbe titulo hereditario netto aus der Erbschaft erhielt, nicht aber eine sonstige Zuwendung aus dem Nachlasse (D. 35, 2, 74: Quod autem dicitur, si ex iudicio defuncti quartam habeat heres, solida praestanda esse legata, ita accipere debemus, si hereditario iure habeat: itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur; wohl aber ist einzurechnen der auf den Teil des Erben

1) Abzugsberechtigt ist nur ein Erbe. Ursprünglich war nur der Testamentserbe abzugsberechtigt, seit Antoninus Pius ist dies auch der Intestaterbe gegenüber den in Intestatkodizillen angeordneten Vermächtnissen (D. 35, 2, 18, pr.). Ein Vermächtnisnehmer ist nicht selbständig zum Abzuge der Quart berechtigt, wenn sein Vermächtnis auf mehr als $^3/_4$ mit Nachvermächtnissen belastet ist. Ist ihm jedoch vom Erben ein Abzug gemacht, so kann er diesen anteilig bei den Nachvermächtnissen abziehen (D. 35, 2, 32, 4). Das gleiche gilt für den Universalfideikommissar (D. 35, 2, 47, 1).

Ist der Erbe pflichtteilsberechtigt, so kann er nicht außer dem unbelasteten Pflichtteil (unten § 169 b 2) auch noch die Quart beanspruchen[27]).

2) Für die Berechnung der Belastungen kommen ursprünglich nur Legate, seit dem SC. Pegasianum (Quarta Trebellianica, S. 948) auch Universal- und Singularfideikommisse (G. 2, 254), seit Septimius Severus auch Schenkungen von Todes wegen (D. 24, 1, 32, 1), endlich seit Justinian auch das condicionis implendae causa zu Leistende in Betracht (C. 6, 50, 18).

3) Das Abzugsrecht konnte vom Erblasser ursprünglich nicht ausgeschlossen werden. Justinian bestimmte dagegen in Nov. 1, daß der Erblasser die Herabsetzung der Vermächtnisse gemäß der Falcidischen Quart ausschließen und der Erbe auch ohnedies sie nicht abziehen dürfe, wenn er nicht ein gehöriges Inventar über den Bestand des Nachlasses rechtzeitig errichtet hätte. Hat er dies errichtet, so hat er übrigens nicht bloß das Recht zum Abzuge der Quart, sondern haftet auch wegen des zu zahlenden Rests nur als Benefizialerbe (S. 970).

---

selbst entfallende Teil eines Prälegats, S. 1021). Zur Feststellung des Nettobetrags waren die Erbschaftslasten abzuziehen, betagte Vermächtnisse unter Abzug des Interusuriums, lebenslängliche Zuwendungen unter Kapitalisierung nach der vermutlichen Lebensdauer (vgl. die berühmte Tabelle über die mutmaßliche Lebensdauer in D. 35, 2, 68).

[27]) Wohl aber nach kanon. Recht (sog. Constitutio Raynutius und Raynaldus, X. 3, 26, 16 und 18).

4) Das Abzugsrecht fällt fort gegenüber Vermächtnissen: der Soldaten (C. 6, 50, 7), zugunsten milder Stiftungen (Nov. 131, 12), an die Ehefrau hinsichtlich der für sie angeschafften Sachen (D. 35, 2, 81, 2), ferner gegenüber dem Universalfideikommisse bei erzwungenem Erbschaftsantritt (S. 947) und gegenüber dem Vermächtnis des Pflichtteils (C. 3, 28, 36, 1 e).

5) Jeder Miterbe berechnet die Quart für seinen Erbteil besonders, was bei verschiedenartiger Belastung der Erbteile mit Vermächtnissen von Bedeutung ist (D. 35, 2, 77).[28])

6) Kraft des Abzugsrechts vermindern sich die Vermächtnisse von selbst (D. 35, 2, 73, 5: pro rata portione per legem ipso iure minuuntur). Ist der Legatar schon im Besitze des ganzen Vermächtnisses, so kann der Erbe den Überschuß vindizieren (D. 35, 2, 26) und, falls er irrtümlich zu viel geleistet hat, kondizieren (C. 6, 50, 9).[29])

b. Sonstige Abzüge

abgesehen von der Quart kann der Beschwerte wegen Verwendungen auf die vermachte Sache machen; er hat aber — abgesehen von irrtümlicher Herausgabe (D. 30, 60) —

---

[28]) Sind zB. A und B als Erben einer Erbschaft von 40 eingesetzt und ist A mit einem Vermächtnis von 20, B mit einem solchen von 10 belastet, so ist die Erbschaft als solche zu $^1/_4$ von Legaten frei; da aber As Erbteil ganz erschöpft ist, kann er das ihm auferlegte Vermächtnis auf 15 mindern. Vereinigen sich mehrere Erbteile in einer Hand, so geschieht die Berechnung teils gesondert (zB. bei zufälliger Vereinigung, D. 35, 2, 1, 15), teils einheitlich (zB. wenn derselbe Erbe von vornherein auf mehrere Erbteile eingesetzt ist, D. 35, 2, 11, 7), teils so, daß die Berechnung getrennt erfolgt, aber der bei einer Portion sich ergebende Überschuß bei einer anderen anzurechnen ist (so wenn ein Erbe durch Akkreszenz zu seinem Erbteil einen anderen erwirbt, D. 35, 2, 78, oder ein neben seinem Hauskind eingesetzter pater familias auch die Portion des Hauskindes erwirbt, D. 35, 2, 21, 1 und 25, pr.).

[29]) Dem ABGB. ist ein Recht des Erben, wegen Überlastung der Erbschaft mit Vermächtnissen diese zu kürzen, unbekannt. Welche Rechte dem Erben zustehen, wenn die Masse erschöpft ist, bestimmt ABGB. § 690, und wenn die Lasten die Masse übersteigen, ABGB. §§ 692 und 693 und Pat. § 163.

nur ein Zurückbehaltungsrecht, keine selbständige Klage. Der Beschwerte kann ferner vom Legatar die Wiederherstellung von Rechten verlangen, die infolge des Erbfalls (zB. durch Konfusion) untergegangen sind[30]).

## § 166. Das Universalvermächtnis.

### a. Allgemeines[1]).

Wie S. 1008[21] dargelegt, hat das rR. auch noch in seiner spätesten Entwicklung an dem Satze „semel heres, semper heres" festgehalten und daher eine fideikommissarische Substitution niemals zugelassen. Sollte der eingesetzte Erbe die Erbschaft beim Eintritt eines gewissen Ereignisses oder Zeitpunktes einem Anderen herausgeben, so war dieses Ergebnis nur dadurch zu erreichen, daß der Testator den Erben mit einem Universalvermächtnisse belastete.

Von den beiden hierbei in Betracht kommenden Rechtsinstituten, dem Partitionslegat und dem Universalfideikommiß (S. 945), ist nur das letztere in das justin. Recht übergegangen. Die geschichtliche Entwicklung des Universalfideikommisses, insbesondere hinsichtlich der Frage, wie der Fideikommissar als bloßer Vermächtnisnehmer, also als Singularsukzessor, zur Tragung der Nachlaßverbindlichkeiten heranzuziehen sei, ist S. 946 dargestellt. Hier ist das Ergebnis dieser Entwicklung im jüngsten rR. darzulegen, welches insofern kein einheitliches ist, als einerseits der Gedanke maßgebend geblieben ist, daß das Universalfideikommiß nur ein Vermächtnis ist, während anderseits die Anschauung mehr und mehr durchgedrungen ist, daß es eine

---

[30]) D. 30, 116, 4: Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit sive ei fundus heredis, licet confusione dominii servitus exstincta sit, pristinum ius restituendum est, et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur: si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest.

[1]) I. 2, 23: De fideicommissariis hereditatibus, D. 36, 1, C. 6, 49: Ad SC. Trebellianum.

mittelbare Erbfolge begründet (vgl. I. 2, 23, 3: is, qui recipit hereditatem aliquando heredis aliquando legatarii loco habeatur).[1a])

b. Rechtsverhältnis bis zur Restitution.

1. Für die Anordnung des Universalfideikommisses[2]) gilt das Recht der Vermächtnisse. Ein U. kann daher durch Testament und Kodizill, sowie durch Oralfideikommiß (unten § 167) angeordnet (I. 2, 23, 12) und nicht nur den Testaments-, sondern auch den Intestaterben auferlegt werden (D. 36, 1, 1, 5), ferner auch dem Universalfideikommissar selbst (I. 2, 23, 11, sog. fukzessives Universalfideikommiß).

2. Den Gegenstand des U. kann die ganze Erbschaft oder ein Bruchteil derselben bilden (I. 2, 23, 8).

3. Auch Anfall und Erwerb des U. vollziehen sich nach Vermächtnisrecht. Das U. fällt dem Fideikommissar also an (und wird von ihm weiter vererbt, dies cedit, S. 1037) mit dem Tode des Erblassers und bei bedingtem U. mit Eintritt der Bedingung; es wird von ihm erworben (dies venit) mit dem Antritte der Erbschaft durch den Fiduziar. Während aber in der Regel der mit Vermächtnissen belastete Erbe nicht gezwungen werden kann, die Erbschaft anzutreten, kann der Fideikommissar (seit dem SC. Pegasianum, S. 947) den Fiduziar durch den Prätor mittels Strafen zum Antritte der Erbschaft zwingen (D. 29, 4, 17), auch wenn der Fiduziar die Erbschaft schon ausgeschlagen hatte (D. 1, 15, 1).[2a])

4. Bis zur Restitution ist der Fiduziar Erbe. Daher tritt hinsichtlich der wechselseitigen Beziehungen zwischen

---

1a) Nach ABGB. ist der Nacherbe Rechtsnachfolger des Erblassers; vgl. ABGB. § 613.

[2]) ZB. in der Form (I. 2, 23, 2): L. Titius heres esto. rogo te, Luci Titi, ut cum primum possis hereditatem meam adire, eam Gaio Seio reddas restituas.

2a) Nach ABGB. ist der Erwerb des Nacherben von dem des Vorerben unabhängig, da die Einsetzung als Nacherbe im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe enthält (§ 608).

ihm und dem Erblasser **Konfusion** ein, die nach erfolgter Restitution freilich als ungeschehen behandelt wird (D. 36, 1, 28, 11 u. 61, pr.).[3]) Der Fiduziar wird ferner Eigentümer der Nachlaßsachen, erwirbt deren Früchte, kann die Nachlaßforderungen einziehen und haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten (D. 46, 3, 104: Ante restitutam hereditatem solutiones et liberationes factae ab herede ratae habebuntur).

Der **Fideikommissar** hat aber immerhin eine Anwartschaft auf die Erbschaft und der Fiduziar muß hierauf Rücksicht nehmen. Er **haftet** für Verschuldung bei Verwaltung des Nachlasses und zwar nach richtiger Meinung für culpa in concreto (D. 36, 1, 23, 3). Die **Veräußerung** der Nachlaßsachen ist nichtig (C. 6, 43, 3, 2—4), es sei denn, daß sie erfolgt: im Wege ordnungsmäßiger Verwaltung (D. 36, 1, 23, 3), zwecks Bestellung einer Dos oder Eheschenkung (D. 36, 1, 23, 4, Nov. 39, 1), mit Erlaubnis des Erblassers oder des Fideikommissars (C. 6, 42, 11).

Insbesondere kann der Erblasser den Fiduziar dadurch freier stellen, daß er ein **Fideikommiß auf den Überrest** (fideicommissum eius, quod superfuturum erit) anordnet. In diesem Falle haftet er nur für diejenigen Rechtsakte, die er in der dolosen Absicht vornimmt, das Recht des Fideikommissars zu schmälern (intervertendi fideicommissi gratia, D. 36, 1, 56). Diese freie Verfügung bezieht sich aber nach Justinians Nov. 108 nur auf **drei Viertel** des Nachlasses; das letzte Viertel darf er nur in Notfällen (Loskauf von Gefangenen, Bestellung einer Dos oder Eheschenkung beim Mangel sonstigen Vermögens) angreifen[4]).

[3]) Die **dinglichen** Rechte leben mit dem bisherigen Range von selbst wieder auf (D. 36, 1, 75, 1), nicht aber die **Forderungen** mit ihren Akzessorien (D. 36, 1, 61, anders ABGB. § 613). Vielmehr wird die hierdurch eingetretene Veränderung nur bei der Verrechnung zwischen Fiduziar und Fideikommissar gelegentlich der Restitution der Erbschaft berücksichtigt.

[4]) Auch nach ABGB. (vgl. S. 1009[21]) ist der **Vorerbe** in der Verfügung über die Nachlaßgegenstände beschränkt; das Gesetz räumt

c. Herausgabe der Erbschaft.

1. Nach Eintritt des Fideikommißfalles muß der Fiduziar den Nachlaß in dem Zustand, in dem er sich befindet oder bei Erfüllung der S. 1048 dargelegten Pflichten sich befinden müßte, dem Fideikommissar herausgeben. Nicht herausgegeben werden die Früchte der Zwischenzeit bis zum Verzug, es sei denn, daß der Erblasser auch dies angeordnet hat (D. 36, 1, 19, pr.), sowie diejenigen Zuwendungen, die der Fiduziar nicht iure hereditario erhalten hat, so zB. als Legatar oder condicionis implendae causa. Ein Prälegat muß er zu dem seinem Erbteil entsprechenden Teile herausgeben, während er die den Erbteilen entsprechenden Teile, da er diese iure legati erhält (S. 1021), zurückbehalten darf (D. 36, 1, 19, 3). Der Fiduziar behält auch das Erbbegräbnis (D. 36, 1, 43, 1).

2. Wie den Singularvermächtnissen gegenüber nach der lex Falcidia, so kann der Erbe dem Universalfideikommisse gegenüber nach dem SC. Pegasianum (S. 947) ein Viertel des Nachlasses (gemeinr. sog. Quarta Trebellianica) zurückbehalten; er bleibt dann aber auch zu einem Viertel Erbe (I. 2, 23, 7). Für die Berechnung dieser Quart gelten die gleichen Grundsätze wie für die der Falcidischen Quart (S. 1043[26]).

3. Die Herausgabe des Nachlasses kann ausdrücklich (verbis) oder durch konkludente Handlungen (re) erfolgen (D. 36, 1, 38, pr.). Die Restitution gilt jedoch als kraft Gesetzes (ipso iure) erfolgt:

---

ihm nur „das eingeschränkte Eigentumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten des Fruchtnießers ein" (§ 613). Es sind daher auf ihn die Vorschriften über den Fruchtnießer (ABGB. §§ 509 ff.) anzuwenden. Für die Sicherung der Rechte des Nacherben wird schon im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung mit dem Vorerben Vorsorge getroffen (vgl. Pat. §§ 77 Z. 3, 92, 111, 158, 174).

Aber auch nach ABGB. kann der Erblasser den Vorerben von diesen Beschränkungen befreien, insbesondere in der Weise, daß er den Nacherben auf dasjenige einsetzt, was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird. Dann kann der Nacherbe über den gesamten Nachlaß frei verfügen außer durch reine Schenkungen und in der Absicht, den Nacherben zu benachteiligen.

α. beim erbloſen Verſterben des Fiduziars;

β. wenn der Fiduziar ſich der Belangung argliſtig entzieht;

γ. wenn es ſich um ein ſukzeſſives Univerſalfideikommiß handelt[5]).

d. Rechtsverhältnis nach der Herausgabe.

Nach erfolgter oder ipso iure eingetretener Reſtitution gilt der Fideikommiſſar als (mittelbarer) Univerſalſukzeſſor des Erblaſſers. Er iſt Eigentümer der Nachlaßſachen, auch wenn er deren Beſitz noch nicht erlangt hat (D. 36, 1, 65, pr.), Gläubiger der Erbſchaftsforderungen und Schuldner der Nachlaßverbindlichkeiten (D. 36, 1, 1, 2) ihm ſteht die hereditatis petitio (fideicommissaria) zu (D. 5, 6), den Miterben des Fiduziars und, falls dieſer die Erbſchaft nur zum Teil heraus zu geben hatte, auch dem Fiduziar gegenüber gilt er als Miterbe (D. 10, 2, 40). Hat der Erblaſſer außer dem Univerſalfideikommiß noch Singularvermächtniſſe angeordnet, ſo hat der Fideikommiſſar ſie zu erfüllen und zwar — da er inſofern als Vermächtnisnehmer gilt — ohne die Quarta Falcidia abziehen zu dürfen (D. 35, 2, 47, 1).

e. Rechtsverhältnis bei erzwungenem Erbſchaftsantritt.

Läßt der Fiduziar ſich zum Antritt der Erbſchaft zwingen (S. 1047), ſo wird er nur dem Namen nach Erbe, ſoll aber von dieſer Rechtsſtellung weder Vorteil noch Nachteil haben (D. 36, 1, 4 u. 28, 2). Er darf ſich insbe-

---

[5]) C. 6, 49, 7, 1 c: Sancimus itaque, ut, sive per contumaciam afuerit is, cui restitutio imposita est, sive morte praeventus nullo relicto successore fuerit, sive a primo fideicommissario in secundum translatio celebrari iussa est. ipso iure utiles actiones transferantur.

Nach ABGB. erwirbt der Nacherbe, wie ein anderer Erbe, den Nachlaß durch Erbserklärung und Einantwortung. Zu dieſem Behufe wird die Abhandlung nach dem Teſtator wieder aufgenommen. Der Vorerbe hat dem Nacherben alles, was Gegenſtand der Subſtitution bildet, heraus zu geben, ſamt dem Zuwachs. Die bezogenen Früchte und Nutzungen verbleiben dem Vorerben. Wie die Früchte beim Eintritte des Subſtitutionsfalles zu teilen ſind, beſtimmt ABGB. § 519.

sondere die Quarta Trebellianica nicht abziehen. An seiner Stelle wird der Fideikommissar Erbe, der sich daher auch die Quarta Falcidia abziehen kann. Ausnahmsweise bleiben dem Fiduziar einige Vorteile, so die Nachlaßfrüchte vom Erbschaftsantritte bis zur Herausgabe oder zum Verzug (D. 36, 1, 28, 1) und das condicionis implendae causa acceptum (D. 35, 1, 44, 5).

## § 167. Errichtung und Aufhebung letztwilliger Verfügungen.

### a. Allgemeines[1]).

Die allgemeinen Voraussetzungen für die gültige Errichtung einer letztwilligen Verfügung ergeben sich zunächst aus den Vorschriften über die Vornahme von Rechtsgeschäften überhaupt (§§ 41 ff.). Daneben finden sich aber mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der letztwilligen Verfügungen in allen Rechten besondere Bestimmungen über die Fähigkeit zur Errichtung letztwilliger Verfügungen (Testierfähigkeit, testamenti factio activa) und die Formen, in welchen sie zu errichten sind. Diese Testamentsformen sind entweder für den Regelfall gegeben (ordentliche) oder für Ausnahmefälle (außerordentliche Testamentsformen). Die letzteren sind gegenüber dem Regelfall entweder erschwerte (qualifizierte) oder erleichterte (privilegierte).[2])

---

[1]) Vgl. I. 2, 10: De testamentis ordinandis, D. 28, 1: Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant, C. 6, 23: De testamentis: quemadmodum testamenta ordinantur. Vgl. über die Geschichte der Testamentformen auch G. 2, 101 ff.

[2]) Wie S. 940 hervorgehoben, kannte das rR. zwei Arten einseitiger letztwilliger Verfügungen: das Testament, zu dessen notwendigem Inhalt eine Erbeinsetzung gehörte, und das Kodizill, welches nur für andere letztwillige Anordnungen außer Erbeinsetzungen und Enterbungen verwendbar war. Das ABGB. kennt zwar diesen Unterschied auch, doch ist für Testamente und Kodizille die gleiche äußere Form vorgeschrieben. Ein weiterer wesentlicher Unterschied des heutigen Testaments gegenüber dem römischen besteht darin, daß das letztere mit der Erbeinsetzung stand und fiel, während nach ABGB. die Un-

b. Testamenti factio activa[3]).

Ein gültiges Testament kann nur errichten, wer einmal überhaupt die rechtliche Fähigkeit hat, zu testieren (Testierrecht) und wer ferner die persönlichen Fähigkeiten besitzt, von deren Vorhandensein das Recht die Geltung einer letztwilligen Verfügung abhängig macht (Testierfähigkeit).

1. Testierrecht.

α. Eine letztwillige Verfügung können in Rom nur römische Bürger errichten, nicht zB. Latini Iuniani (S. 178[10]); jedoch können Staatssklaven (servi publici) über die Hälfte ihres peculium testieren. Aber nicht jeder römische Bürger kann testieren.

a. Zur Strafe entzogen ist das Testierrecht (intestabiles, S. 189): den Pasquillanten (D. 28, 1, 18), den Apostaten und Ketzern (C. 1, 5, 4, 5, S. 191), den incestuosi (C. 5, 5, 6).

b. Nur Gewaltfreie können testieren, Hauskinder nur über ihr peculium castrense und quasi castrense, über ihr sonstiges Vermögen nicht einmal mit Zustimmung des Vaters (I. 2, 12, pr.). Über Beschränkungen der Testierbefugnis der Frauen nach ältestem Rechte vgl. S. 248.

β. Die Testierbefugnis muß im Augenblicke der Testamentserrichtung und in dem des Todes vorhanden sein; wird daher eine persona sui iuris nach Errichtung eines Testaments arrogiert, so wird letzteres hinfällig (testamentum irritum, unten d). Nur wenn ein Römer in der Kriegsgefangenschaft stirbt, bleibt sein vorher (nicht auch sein in der Gefangenschaft errichtetes) Testament gültig, indem fin-

---

wirksamkeit der Erbeinsetzung den sonstigen Testamentsinhalt unberührt läßt. Endlich hat das ABGB. die Errichtung letztwilliger Verfügungen durch die Zulassung der selbstgeschriebenen Testamente (S. 1058[11]) sehr erleichtert.

[3]) Unter testamenti factio verstehen die Römer die Fähigkeit, bei einem Testamente beteiligt zu sein, sei es als Erblasser (testamenti factio activa), als Erbe oder Vermächtnisnehmer (testamenti factio passiva, S. 995) oder als Zeuge (S. 1056); vgl. I. 2, 10, 6, D. 28, 1, 16.

giert wird, er sei im Augenblicke der Gefangennahme gestorben (fictio legis Corneliae, S. 166[1]). Vorübergehender Verlust der Testierbefugnis ist bedeutungslos.

γ. Das von einem Testierfähigen errichtete Testament ist ungültig, wenn der Testator zur Zeit der Testamentserrichtung nicht das bestimmte Bewußtsein seiner Testierbefugnis besaß (D. 28, 1, 14 u. 15).[4])

2. Testierfähigkeit.

α. Die Testierfähigkeit ist eine Art der Geschäftsfähigkeit, unterliegt aber besonderen Vorschriften. Testierunfähig sind:

a. Unmündige, also Knaben bis zum vollendeten 14., Mädchen bis zum vollendeten 12. Lebensjahr (d. h. bis zum Beginne des 14. und 12. Geburtstages, D. 28, 1, 5, S. 319).

b. Geisteskranke, gleichgültig, ob sie unter cura stehen oder nicht (D. 28, 1, 5); das Testament ist aber gültig, wenn es in einem lucidum intervallum errichtet ist (C. 6, 22, 9, S. 246);

c. entmündigte Verschwender (D. 28, 1, 18 pr.);

d. Personen, die weder sprechen noch schreiben können (C. 6, 23, 29), und somit Taubstummgeborene (C. 6, 22, 10; Zeichensprache genügt nicht).[5])

---

[4]) Nach ABGB. sind alle Beschränkungen des Testierrechts beseitigt; insbesondere können Hauskinder — für das ABGB. kommen überhaupt nur minderjährige Hauskinder in Betracht — über alle Bestandteile ihres Vermögens letztwillig verfügen.

[5]) Nach ABGB. sind testierunfähig: a. Rasende, Wahnsinnige, Blödsinnige, Betrunkene (§§ 566, 567); b. Verschwender hinsichtlich der Hälfte ihres Vermögens (§ 568); c. Unmündige; d. Ordenspersonen, die das feierliche Gelübde der Armut abgelegt haben (§ 573); e. die nach dem Militärstrafgesetzbuche zur Todes- oder schweren Kerkerstrafe verurteilten Personen (MStG. §§ 45, 46, 47); f. Deserteure, vom Tage ihrer Entweichung bis zu ihrer Stellung oder ihrer Einlieferung (MStG. § 208 a und b).

Minderjährige, die das 18. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, können nur mündlich vor Gericht oder vor einem Notar testieren (§ 569).

β. Die Testierfähigkeit muß im Augenblicke der Testamentserrichtung vorhanden sein. Späterer Verlust macht das Testament nicht ungültig, späterer Erwerb macht es nicht gültig (D. 28, 1, 19; ebenso ABGB. §§ 575, 576).

c. Testamentsformen.

1. Bis auf Justinian.

α. Im ältesten rR. gab es für die Errichtung von Testamenten zwei Formen (G. 2, 101):

a. das testamentum calatis comitiis; es wurde in den zu diesem Zwecke zweimal jährlich auf Berufung des pontifex maximus zusammentretenden Kuriatkomitien (S. 59) errichtet. Streitig ist (S. 939[1]), ob es sich hierbei nur um Erlangung eines öffentlichen Zeugnisses (Dernburg) oder um ein Volksgesetz handelte, durch welches das Intestaterbrecht für den einzelnen Fall abgeändert wurde (Mommsen, Jhering). Unmündige Frauen konnten sich dieser Form nicht bedienen, da sie in den Komitien nicht erscheinen durften;

b. das testamentum in procinctu, d. h. durch mündliche Erklärung seitens eines zum Kriegsdienst eingezogenen Bürgers vor anderen Teilnehmern des zum Ausrücken bereiten Heeres, die älteste Form des Soldatentestaments.

β. Mit der Entwicklung der Manzipationsform zu einer Geschäftsform für die verschiedensten Zwecke (S. 150) bildete sich daneben als Privattestament das Manzipationstestament (t. per aes et libram) heraus. Der Erblasser verkaufte dicis causa mit Zuziehung eines libripens und von 5 Zeugen „uno nummo" sein Vermögen auf den Todesfall an den „familiae emptor", ursprünglich den Erben, später einen bloßen Treuhänder. Der materielle Inhalt der letztwilligen Verfügungen ergab sich aus der mündlichen Erklärung, die der Rechtsform Zweck und Inhalt gab (nuncupatio, lex mancipationi dicta). Ursprünglich erfolgte eine besondere nuncupatio hinsichtlich der einzelnen Verfügungen. Später wurde es üblich, daß die letztwilligen Verfügungen in den tabulae testamenti schriftlich auf-

gezeichnet wurden und lediglich eine allgemeine nuncupatio unter Bezugnahme auf sie erfolgte[6]). Die tabulae mußten ursprünglich von den Zeugen beschrieben und besiegelt werden. Später traten Unterschrift und Siegel des libripens und des familiae emptor hinzu. Die Urkunde erlangte allmählich die Hauptbedeutung, während die mancipatio und nuncupatio gegenüber dem familiae emptor nebensächlich, dieser selbst ein bloßer Zeuge wurde.

γ. Später wurde vom Prätor die bonorum possessio secundum tabulas (S. 914) demjenigen erteilt, der eine ordnungsmäßig besiegelte Urkunde[7]) für sich aufweisen konnte; es wurde also von dem Nachweise der tatsächlichen Vornahme der mancipatio und nuncupatio abgesehen. Anfänglich gewährte dieses sog. prätorische Testament nur eine b. p. sine re (S. 923). Der bonorum possessor mußte dem civilen Intestaterben nämlich weichen, wenn tatsächlich der Manzipationsritus nicht oder nicht gehörig gewahrt war. Antoninus Pius schützte jedoch den b. p. auch in diesem Falle durch Gewährung einer exceptio doli gegen die hereditatis petitio des Intestaterben (G. 2, 120). Theodosius II. hob 439 n. Chr. die Unterschiede zwischen der civilen und der prätorischen Testamentsform völlig auf; jedes Testament soll der Zuziehung von 7 Zeugen bedürfen.

---

[6]) Vgl. G. 2, 104: Eaque res ita agitur: qui facit (testamentum), adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, quinque testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: „Familia pecuniaque tua endo (= in) mandatelam custodelamque meam, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere“ et ut quidam adiciunt „aeneaque libra, esto mihi empta“, deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori velut pretii loco: „Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote“.

[7]) Der Prätor gewährte Rechtsschutz, „si tabulae non minus quam septem testantium signis signatae extabunt“. Die Besiegelung erfolgte auf der Außenseite der Testamentstafeln unter Beifügung einer superscriptio, neben der noch eine subscriptio auf der Innenseite vorkam. Vgl. hierüber S. 99[6].

### 2. Justinianisches Recht.

Nach dem der Entwicklung der Testamentsformen von Justinian gegebenen Abschluß ist zwischen der öffentlichen und den privaten, und unter den Privattestamenten zwischen den ordentlichen und den außerordentlichen Testamentsformen zu unterscheiden.

#### α. Öffentliche Testamente.

Öffentliche Testamente können nach justin. Recht errichtet werden (C. 6, 23, 19):

a. durch Erklärung zum Protokoll einer Behörde (test. apud acta conditum),

b. durch Übergabe einer Urkunde an den Kaiser (test. principi oblatum).[8])

#### β. Privattestamente.

a. Ordentliche Testamentsformen.

1) Das ordentliche Privattestament wird mündlich oder schriftlich vor 7 Solennitätszeugen errichtet. Diese müssen sein: rogati (vom Erblasser zur Testaments-

---

[8]) In Deutschland (Reichsnotariatsordnung von 1512) trat an die Stelle des test. principi oblatum das test. iudici oblatum, d. h. die Übergabe der schriftlichen Testamentsurkunde an den Richter; daneben blieb die Testamentserrichtung zu Protokoll (test. apud acta conditum) in Geltung. Vorübergehend kam auf Grund des kanon. Rechts (X. 3, 26, 10) ein Testament vor dem Pfarrer und zwei Zeugen in Aufnahme.

Nach ABGB. wird das Testament öffentlich errichtet vor einem Richter oder einem Notar (ABGB. §§ 587 ff. und NO. §§ 70 ff.). Der Richter muß eine zweite Gerichtsperson oder zwei Zeugen, der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuziehen. Über die Unbefangenheit und Fähigkeit der Urkundspersonen, die Person des Erblassers außer Zweifel zu setzen, vgl. ABGB. § 596. Die Testamentserrichtung kann erfolgen durch mündliche Erklärung (das frühere test. apud acta conditum, ABGB. §§ 588—590, NO. § 70) oder Übergabe einer (offenen oder verschlossenen) Urkunde (das frühere test. iudici oblatum, ABGB. § 587, NO. § 70). Minderjährige, die das 18. Jahr noch nicht zurückgelegt haben, können nur mündlich vor Gericht testieren, oder vor einem Notar (ABGB. § 569 und NO. § 70). Letztwillige Anordnungen kann jedes Bezirksgericht aufnehmen (JN. § 121).

errichtung besonders zugezogen, nicht nur zufällig anwesend oder zu einem anderen Rechtsakte zugezogen, D. 28, 1, 21, 2),[9] voluntarii (freiwillig beiwohnend) und idonei (zeugnisfähig). Die Zeugnisfähigkeit, ein Teil der allgemeinen testamenti factio (S. 1052[3]), kommt nur mündigen, männlichen, römischen Bürgern zu. Aber auch von diesen sind zeugnisunfähig:

wegen persönlicher Mängel: Geisteskranke (D. 28, 1, 20, 4), Taube und Stumme (I. 2, 10, 6), Verschwender (D. 28, 1, 18, pr.), intestabiles (I. 2, 10, 6, S. 189);

wegen naher Verbindung: die Gewaltuntergebenen des Erblassers (I. 2, 10, 9), der eingesetzte Erbe und die mit ihm durch Gewalt verbundenen Personen (I. 2, 10, 10). Legatare sind dagegen zeugnisfähig (I. 2, 10, 11).

Der Errichtungsakt muß ununterbrochen (uno contextu, D. 28, 1, 21, 3) in Gegenwart der Zeugen erfolgen (sog. unitas actus und zwar sowohl loci als temporis, vgl. ABGB. § 585).

2) Beim mündlichen Privattestamente (test. nuncupativum) genügt jede den Zeugen verständliche Erklärung des Erblassers (C. 6, 23, 21, 4; 6, 23, 29). Wird im Anschluß hieran eine schriftliche Aufzeichnung vorgenommen, so bleibt das Testament doch ein mündliches (test. nuncupativum in scripturam redactum), vgl. ABGB. § 585 i. f.

3) Beim schriftlichen Privattestamente muß die Übereinstimmung des wahren Willens des Testators mit dem Inhalte der Testamentsurkunde besonders sicher gestellt und die letztere gegen spätere Verfälschungen gesichert werden. Daher bestimmt das rR.: das Testament muß mit Buchstaben geschrieben sein; notae genügen nicht (D. 37, 1, 6, 2). Das Testament kann vom Erblasser selbst (test. holographum) oder von einem Anderen[10] geschrieben sein (test.

---

[9]) So erklärt sich die quaestio Domitiana S. 116[4]).

[10]) Gegen die Gefahr der Fälschung im Falle der Zuziehung eines Schreibers richtet sich das SC. Libonianum (S. 995). Übrigens wurde in einer Konstitution Valentinians III. (466 n. Chr.)

allographum). Das selbstgeschriebene Testament braucht der Erblasser, wenn er darin bezeugt, daß er es selbst geschrieben hat, nicht zu unterschreiben (C. 6, 23, 28, 6), wohl aber das nicht selbst geschriebene. In allen Fällen muß der Testator die Urkunde den Zeugen vorlegen (ohne daß sie von dem Inhalte Kenntnis zu nehmen brauchen, C. 6, 23, 21, pr.), sie als seinen letzten Willen anerkennen und von den Zeugen unterschreiben und unterſiegeln lassen (subscriptio). Nach Verschließung der tabulae testamenti besiegeln die Zeugen das Testament auch noch von außen und jeder Zeuge schreibt seinem Siegel seinen Namen bei, damit er zwecks Anerkennung der Unverletztheit des Siegels zur Testamentseröffnung (S. 1065) geladen werden kann (superscriptio, S. 99[6]). [11])

b. Außerordentliche Testamentsformen.

1) Erschwert (qualifiziert) ist das Blindentestament. Sein Inhalt muß den Zeugen nämlich eröffnet und sodann schriftlich beurkundet werden. Es bedarf ferner der Zuziehung eines Notars oder, falls ein solcher am Orte nicht aufzufinden ist, eines achten Zeugen. Sämtliche Beteiligte haben das Testament zu unterschreiben und zu unterſiegeln (C. 6, 22, 8).

Erschwert ist ferner das schriftliche Testament dessen, der als Analphabet oder aus sonstigen Gründen nicht schreiben kann. Es ist ein octavus subscriptor zuzuziehen, der anstatt des Erblassers unterschreibt (D. 6, 23, 21, 1). [12])

---

das selbstgeschriebene Testament ohne weitere Förmlichkeiten als wirksam anerkannt. Dies ist jedoch nicht in das justin. Recht übernommen.

[11]) Das AGBG. kennt zwei Arten von privaten letztwilligen Erklärungen, die schriftliche und mündliche. Erstere kann entweder selbst geschrieben sein, test. holographum (§ 578), oder von einem Dritten geschrieben sein, test. allographum (§ 579). Bei letzterem ist die Zuziehung dreier fähiger Zeugen notwendig. Über die Formerfordernisse des mündlichen Testaments siehe §§ 585—586; über die Fähigkeit als Zeuge eines letzten Willens zu fungieren, ABGB. §§ 591, 592, 594 und 595.

[12]) Nach ABGB. § 580 muß ein schreibensunkundiger Testator nicht nur die Förmlichkeiten des § 579 beachten, sondern

2) Erleichtert (privilegiert) ist[13]:

das testamentum tempore pestis conditum; bei diesem ist es den Zeugen erlassen, sich in einem Raume mit dem Testator aufzuhalten (C. 6, 23, 8);

das test. ruri conditum; hierbei genügen 5 Zeugen, von denen die schreibkundigen nach Kundgebung des Inhalts des Testaments für die schreibunkundigen unterschreiben können (C. 6, 23, 31);

das test. parentum inter liberos; bei diesem genügt eigenhändige Niederschrift der Namen der als Erben eingesetzten Deszendenten, ferner ihrer Erbteile mit Buchstaben und des Datums (C. 6, 23, 21, 3, Nov. 107, 1);[14])[15])

das testamentum militis.

Das röm. Soldatentestament als Testament eines besonderen privilegierten Standes wurde durch Mandate der römischen Kaiser seit Titus geschaffen und bildete seit Trajan

---

auch in Gegenwart aller drei Zeugen sein Handzeichen eigenhändig beisetzen.

Kann der Testator nicht lesen, so muß er den Aufsatz von einem Zeugen in Gegenwart der anderen zwei Zeugen, die den Inhalt eingesehen haben, sich vorlesen lassen und bekräftigen, daß derselbe seinem Willen gemäß sei. Der Schreiber des letzten Willens kann zugleich Zeuge sein (ABGB. § 581).

[13]) Nach ABGB. §§ 597 ff. finden Formerleichterungen statt (Nottestamente): a. an Orten, wo die Pest oder ähnliche ansteckende Seuchen herrschen; b. bei Schiffahrten; c. bei Militärtestamenten; bezüglich der letzteren s. Blge. 3 der mit Zirk.Vdg. vom 2. Juni 1886 Nr. 2839 herausgegebenen 2. Aufl. des 1. T. des Dienstreglements für das k. u. k. Heer v. J. 1873.

[14]) Vom testamentum ist die bloße divisio parentum inter liberos zu unterscheiden, in der ohne Änderung der Erbteile bloße Teilungsvorschriften enthalten sind. Dafür genügt ein von den Aszendenten oder den Deszendenten unterschriebener Aufsatz (Nov. 18, 7; 107, 3). Das Aszendententestament darf Erbeinsetzungen fremder Personen nicht enthalten (C. 6, 23, 21, 3 a). Bei Vermächtnissen an Fremde bedarf es nach richtiger Ansicht der Kodizillarform.

[15]) Auf Grund mißverstandener kanonischer Vorschriften wurde gemeinrechtlich das test. ad pias causas als auch formlos gültig betrachtet. Die fragliche Stelle (X. 3, 26, 11) behandelt aber nicht die Errichtung, sondern den Beweis der Errichtung eines Testaments.

einen unveränderlichen Bestandteil des liber mandatorum. Danach[16]) können die aktiven Soldaten in jeder beliebigen Form[17]) mit jedem beliebigen Inhalte testieren[18]). Das Testament behält seine Kraft noch ein Jahr nach der Entlassung, wenn diese keine schimpfliche war Justinian beschränkt das Privileg auf die Zeit, wo der Soldat im Felde steht (C. 6, 21, 17).[19])

### γ. Errichtung der Vermächtnisse.

Vermächtnisse werden regelmäßig in Testamenten errichtet. Sie können ferner selbständig in der Form der Testamente errichtet werden, falls der Erblasser eine Erbeinsetzung nicht vornehmen will und seiner letztwilligen Verfügung daher der Charakter des Testaments abgeht (S. 941). Für solche Fälle braucht der Erblasser sich jedoch der umständlichen Testamentsform nicht zu bedienen vielmehr stehen ihm zwei erleichterte Formen zur Verfügung.

---

[16]) Vgl. D. 29, 1, 1, pr.: Caput ex mandatis . . . . ut quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris.

[17]) Es genügt nach C. 6, 21, 15, 1: „si quid in vagina aut in clipeo litteris sanguine suo rutilantibus (rot) adnotaverint, aut in pulvere (Sand) inscripserint gladio sub ipso tempore, quo in proelio vitae sortem derelinquunt"; vgl. I. 2, 11: De militari testamenti; D. 29, 1, C. 6, 21: De testamento militis.

[18]) So gelten für das Militärtestament nicht die Sätze: semel heres, semper heres (S. 946; es ist also auch eine Einsetzung unter einer Resolutivbedingung oder mit einem dies ad quem zulässig S. 990), nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest (S. 953), nemo cum pluribus testamentis decedere potest (S. 954); ferner gilt für Militärtestamente nicht die Notwendigkeit der Akkreszenz (S. 1005[16]), die lex Falcidia (S. 1043) und das formelle Noterbrecht (unten § 169 b 1).

[19]) Das Gem. Recht hat die Privilegien des Militärtestaments aufgenommen, aber die Befugnis zur formlosen Errichtung auf die Schlacht beschränkt, während sonst zwei Zeugen zuzuziehen waren (Reichsnotariatsordnung von 1512 II § 2: „Die Ritter, die in Übung des Streits sind, mögen ihr Testament machen ohne alle Solennität oder Form und wie sie wollen").

a. **Kodizillarform** (I. 2, 25, D. 29, 7, C. 6, 36).

1) Wie schon S. 941 erwähnt können Vermächtnisse (und sonstige letztwillige Verfügungen mit Ausnahme von Erbeinsetzungen und Enterbungen: Universalfideikommisse, Vormundsernennungen, Auflagen, Freilassungen) in einem Kodizill (codicillus, häufiger codicilli) angeordnet werden. Das Kodizill bedarf nach justin. Rechte der Zuziehung von nur 5 (statt der bei Testamenten erforderlichen 7) Zeugen (C. 6, 36, 8, 3).[20])

2) Kodizille können schriftlich (davon der Name) oder mündlich (codicilli nuncupativi) errichtet werden. Die unitas actus ist hierbei zu wahren (S. 1057). Schriftliche Kodizille müssen gleich Testamenten von dem Erblasser und den Zeugen untersiegelt werden. Für das Kodizill eines Blinden ist Testamentsform vorgeschrieben (C. 6, 22, 8); ob auch für die sonstigen Fälle qualifizierter Testamentserrichtung die Kodizillarform unverwendbar ist, ist streitig.

3) Durch Hinzufügung der **Kodizillarklausel** kann eine als Testament unwirksame Verfügung als Kodizill wirksam sein (S. 942). Der eingesetzte Erbe muß dann wählen, ob er die Erbschaft als Testamentserbe oder als Universalfideikommissar erwerben will, und kann die einmal getroffene Wahl nicht ändern, außer wenn er zu den Aszendenten und Deszendenten des Erblassers bis zum 4. Grade agnatischer oder bis zum 3. Grade kognatischer Berechnung gehört (C. 6, 36, 8).[21])

---

[20]) Streitig ist, ob diese Zeugen den gleichen Vorbedingungen entsprechen müssen wie die Testamentszeugen (Windscheid), insbesondere zum Zeugnis „rogiert" sein müssen oder ob sie bloße Beweiszeugen sind (so Dernburg unter Berufung auf I. 2, 25, 3: nullam sollemnitatem ordinationis desiderant und C. 6, 36, 8, 3: quinque testes vel rogati vel qui fortuito venerint).

[21]) Hat das konvertierte Testament auch als Kodizill keine Wirksamkeit (zB. wegen mangelnder Testierfähigkeit des Erblassers), so bleibt es wirkungslos. Hat der Erbe ferner aus dem Testament angetreten und wird dieses wegen Pflichtteilsverletzung angefochten, so wird es durch die Kodizillarklausel auch nicht als Kodizill aufrechterhalten, weil das Testament als in colore insaniae errichtet (§ 165 b 2) gilt (D. 5,

b. Das Oralfideikommiß.

1) Nach Justinians Vorschrift (I. 2, 23, 12, C. 6, 42, 32) kann ein Singular- oder Universalvermächtnis auch durch formlosen unmittelbaren Auftrag des Erblassers an den Beschwerten angeordnet werden. Streitig ist, ob die Auflage nur mündlich (daher „Oralfideikommiß", fideicommissum heredi praesenti iniunctum, vgl. I. 2, 22, 12: quod nihil tale a testatore audivit, so Dernburg) oder auch schriftlich oder durch Boten (Windscheid) geschehen kann.

2) Das sog. Oralfideikommiß unterliegt eigentümlichen Beweisvorschriften. Wird es nämlich vom angeblich Beschwerten bestritten, so kann es durch keine anderen Beweismittel als durch Zuschiebung des Eides (quod nihil tale a testatore audivit, s. o) an diesen bewiesen werden; der Kläger muß aber vorher den Gefährdeeid (iusiurandum calumniae) leisten, daß er nicht aus bloßer Schikane klage, sondern von der Begründetheit seines Anspruchs überzeugt sei[22]).

d. Ungültigkeit letztwilliger Verfügungen[23]).

1. Allgemeines.

*a.* Letztwillige Verfügungen können von vornherein nichtig sein (test. nullum, non iure factum), zB. wegen eines Formmangels (vgl. ABGB. § 601) oder des Mangels einer gültigen Erbeinsetzung oder weil dem Testator zur Zeit der Errichtung die testamenti factio activa fehlte.

---

2, 13; 32, 36). Tritt der Erbe jedoch aus dem Testament nicht an, sondern erklärt er, daß das Testament als Intestatkodizill zu behandeln sei, so kommt ihm die Kodizillarklausel zugute und er erhält das ihm Zugewendete — mit Abzug der quarta Trebellianica — als Universalfideikommissar der Intestaterben (S. 1046).

[22]) Das Oralfideikommiß ist in das Gem. Recht übergegangen. Das ABGB. kennt keine besondere Kodizillarform (S. 943[5]) und daher auch nicht das Oralfideikommiß. Die Kodizillarklausel hat demnach in Österreich keine praktische Bedeutung.

[23]) I. 2, 17: Quibus modis testamenta infirmantur; D. 28, 3: De iniusto rupto irrito facto testamento.

Durch späteren Fortfall des Ungültigkeitsgrundes wird ein von vornherein nichtiges Testament nicht gültig (regula Catoniana, S. 279; D. 50, 17, 210: Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest). Das test. nullum gilt als nicht vorhanden; daher bleibt ein älteres Testament des Erblassers in Kraft, während es von einem gültig errichteten, aber nachträglich unwirksam gewordenen Testamente beseitigt wird (I. 2, 17, 2, D. 28, 3, 2; s. unten).

*β.* Ein gültig errichtetes Testament kann **nachträglich** unwirksam werden, D. 28, 3, 1:

a. wenn der Erblasser durch capitis diminutio das Testier**recht** verliert (S. 1052, während nachträglicher Verlust der Testier**fähigkeit** einflußlos ist, S. 1054); sog. test. irritum, so z.B. wenn der zur Zeit der Testamentserrichtung gewaltfreie Testator nachträglich (durch Arrogation oder Legitimation) alieni iuris wird. Wird der Testator jedoch vor seinem Tode wieder gewaltfrei, so ist das Testament gültig, weil es für die Testierbefugnis nur auf den Augenblick der Errichtung des Testaments und des Todes des Erblassers, nicht (wie bei der testamenti factio passiva, S. 998) auch auf die Zwischenzeit ankommt (I. 2, 17, 6, D. 37, 11, 1, 8), S. 1052;

b. wenn keiner der gültig eingesetzten (oder substituierten) Erben Erbe wird, sei es, daß sie vor dem Erblasser oder nach ihm, aber vor Antritt der Erbschaft (ohne Vorliegen eines Transmissionsgrundes) sterben oder der Erbschaft entsagen (test. destitutum s. desertum). In diesem Falle verlieren alle Testamentsanordnungen, auch die Vermächtnisse, ihre Geltung (anders ABGB. § 726, S. 1051[2]); vgl. I. 2, 17, 2, D. 26, 2, 9 u. 50, 17, 181: Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur;

c. wenn das Testament vom Testator **widerrufen** wird (unten 2) oder der Erblasser nach der Testamentserrichtung einen im Testamente nicht berücksichtigten **Noterben** erhält (durch Geburt, S. 997, oder Adoption, vgl. S. 1073 und ähnlich ABGB. § 778). In beiden Fällen sprechen die Quellen vom test. ruptum (D. 28, 3, 1 u. 3, pr.).

2. Widerruf.

Der Erblasser hat das (unverzichtbare, S. 940) Recht, seine Verfügungen von Todes wegen zu widerrufen; denn gültig ist nach rR. (anders heute wegen der Zulässigkeit eines Erbvertrages, S. 1069[1]) nur diejenige Verfügung von Todes wegen, die den letzten Willen des Erblassers enthält.

Der Widerruf kann erfolgen:

α. durch Errichtung eines neuen Testaments, sofern dieses rechtsbeständig ist (I. 2, 17, 2, D. 28, 3, 11 u. 16). Nach dem das röm. Testamentsrecht beherrschenden Grundsatze: nemo cum duobus testamentis decedere potest (S. 954), hob das neue Testament durch sein bloßes Vorhandensein das alte auf, also auch dann, wenn der Testator dies nicht erklärte, ja sogar wenn er das alte ausdrücklich in Kraft ließ; nur kann in letzterem Falle das alte als Kodizill in Betracht kommen (D. 28, 3, 12, 1). Das frühere Testament ist aber auch dann aufgehoben, wenn es neben dem neuen bestehen könnte, ja selbst dann, wenn das neue (zB. wegen Ausschlagung des in ihm eingesetzten Erben oder Geburt eines nicht eingesetzten Noterben) wirkungslos ist (D. 28, 3, 3, 4). Ist das neue Testament begonnen, aber noch nicht vollendet (test. posterius imperfectum), so ist es in der Regel wirkungslos; hat der Erblasser aber in dem späteren Testamente seine Intestaterben, im früheren Fremde eingesetzt, so tritt Intestaterbfolge ein, auch wenn das zweite noch nicht völlig beendet ist, sofern nur der Wille des Testators durch 5 Zeugen erwiesen werden kann (C. 6, 23, 21, 5). Hat der Testator ferner das spätere Testament in der Absicht wieder aufgehoben, das erste wieder gelten zu lassen, so wird aus diesem bonorum possessio erteilt (D. 37, 11, 11, 2; vgl. ABGB. §§ 713—716).

Mehrere gleichzeitig errichtete Testamente werden als eins behandelt (D. 37, 11, 1, 6; S. 954). Für Soldaten gilt dies auch hinsichtlich mehrerer nacheinander errichteter Testamente (D. 29, 1, 19);

β. durch absichtliche Zerstörung der Testamentsurkunde oder Streichung der Namen sämtlicher Erben

(D. 28, 4: De his quae in testamento delentur; ebenso ABGB. §§ 717—721);

γ. ausdrücklich entweder in Testamentsform (ebenso ABGB. §§ 717—719) oder mündlich vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll, falls das Testament über 10 Jahre alt ist (C. 6, 23, 27).

Über die ademptio und translatio der Legate vgl. S. 1034, 1035, über die Kodizillarklausel S. 942.

3. Prozesse über die Gültigkeit der Testamente werden in der Regel zwischen den Testamentserben und den Intestaterben geführt. Entgegen dem Grundsatze: iudicium ius facit inter partes (S. 380) sind jedoch die hierbei ergehenden Urteile und abgeschlossenen Vergleiche auch für die Ansprüche der Vermächtnisnehmer und Erbschaftsgläubiger von Bedeutung.

α. Wer im Prozesse rechtskräftig obgesiegt hat, kann von den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnisnehmern als Verpflichteter in Anspruch genommen werden (D. 30, 50, 1).

β. Ist das Testament rechtskräftig für ungültig erklärt, so müssen die Legatare dies gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Parteien im Erbprozesse im Einverständnisse miteinander nur einen Scheinprozeß geführt (kolludiert) haben oder daß nur ein Versäumnisurteil ergangen ist (D. 30, 50, 1).

γ. Haben die Parteien sich verglichen, so brauchen die Erbschaftsgläubiger und Legatare sich daran nicht zu kehren (D. 2, 15, 3, pr.); sie sind aber berechtigt, jede der Parteien auf den ihr im Vergleiche zugewiesenen Teil in Anspruch zu nehmen (D. 2, 15, 14).

e. Eröffnung der letztwilligen Verfügungen[24]).

1. Durch die lex Iulia de vicesima hereditatum (lex Iulia vicesimaria) wurde im Interesse der Erhebung der durch dies Gesetz eingeführten Erbschaftssteuer (S. 82[1]) bestimmt: wer sich nach dem Tode einer Person

[24]) D. 29, 3: Testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur; C. 6, 32.

im Besitz einer von ihr errichteten letztwilligen Verfügung befindet, hat diese binnen 5 Tagen dem Ortsgerichte zur Eröffnung auszuhändigen, widrigenfalls er der Strafe der lex Cornelia de falsis (S. 995) verfällt. Das Gericht hat die anwesenden Zeugen zur Anerkennung ihrer Siegel vorzuladen, in ihrer Gegenwart das Testament (und etwaige Kodizille) zu entsiegeln und zu verlesen, über die Eröffnungshandlung ein Protokoll aufzunehmen, in welchem die eröffneten Urkunden wiederzugeben sind, und alle Urkunden sodann im Gerichtsarchive zu verwahren.

2. Wer ein Interesse an der Einsichtnahme in ein Testament hat, kann nach dem Tode des Erblassers von jedem Inhaber der Urkunde, insbesondere auch von dem Erben mit dem interdictum de tabulis exhibendis deren Vorlegung an Gerichtsstelle verlangen[25]). Im Falle der Weigerung haftet der Beklagte dem Kläger auf sein Interesse (S. 616).

3. Besteht ein Verdacht, daß der Erblasser ermordet ist, dann darf nach einem SC. Silanianum (10 n. Chr., vgl. S. 170) das Testament erst eröffnet werden, wenn die Todesursache festgestellt, insbesondere die beim Tode zugegen gewesenen Sklaven gefoltert worden sind. Wer die Verfolgung des Mörders des Erblassers vorsätzlich unterläßt, wird erbunwürdig (unten § 170 b 1 *α*).

4. Vor der Testamentseröffnung kann der eingesetzte Erbe keine bindende Erklärung über Antretung und Ausschlagung der Erbschaft abgeben (S. 958).[26])

---

[25]) D. 29, 3, 2, pr.: Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum.

[26]) Nach ABGB. sind die öffentlich errichteten Testamente stets, die Privattestamente auf Verlangen des Erblassers in amtliche Verwahrung zu nehmen (§§ 587, 588). Das Gericht hat nach Kenntnis des Todes des Erblassers sowohl die bei ihm verwahrten als auch die in Verwahrung dritter befindlichen Testamente zu eröffnen. Wer ein nicht in amtliche Verwahrung gebrachtes Testament verwahrt, hat es nach Kenntnis des Todes des Erblassers dem Nachlaßgerichte zur Eröffnung unverzüglich auszuliefern (Pat. §§ 61—67). Wer ein recht-

f. Gemeinschaftliche Testamente, d. h. von mehreren Personen in einer Urkunde errichtete letztwillige Verfügungen waren dem rR. unbekannt. Nur wird in C. 2, 3, 19 die Rechtsgültigkeit einer letztwilligen Verfügung anerkannt, in welcher Soldaten sich gegenseitig zu Erben einsetzen[27]).

---

liches Interesse glaubhaft macht, kann ein eröffnetes Testament einsehen und eine beglaubigte Abschrift desselben verlangen. Die Originalien der über letztwillige Anordnungen errichteten Urkunden sind bei Gericht feuersicher aufzubewahren, beglaubigte Abschriften sind dem Abhandlungsakte anzuschließen (Pat. § 68). Hat der Erblasser mündlich testiert, so sind die Testamentszeugen gerichtlich abzuhören und es ist das Protokoll kund zu machen (Pat. §§ 65—67). Über die bei Gericht verwahrten letztwilligen Verfügungen ist ein Urkundenverzeichnis zu führen; siehe GeschOdg. §§ 285, 286.

[27]) a. Im Gem. Rechte wurden wechselseitige Testamente anerkannt und man unterschied:

1. das test. simultaneum, ein Testament mehrerer Personen in einer Urkunde;

2. das test. reciprocum s. mutuum (gegenseitiges oder wechselseitiges Testament), d. h. ein gemeinschaftliches Testament, in dem die Testatoren sich gegenseitig zu Erben einsetzen;

3. das test. correspectivum, d. h. ein gegenseitiges Testament, in dem die wechselseitigen Anordnungen sich derart bedingen, daß der Bestand des einen von dem Bestehenbleiben des anderen abhängig sein soll, der Widerruf von einer Seite also das ganze Testament beseitigt. Verzichten die Testatoren auf den Widerruf, so liegt kein korrespektives Testament, sondern ein Erbvertrag vor (S. 1068).

b. Nach ABGB. §§ 583 und 1248 kann ein gemeinschaftliches Testament nur von Ehegatten errichtet werden. Auch ein solches Testament ist widerruflich; aus der Widerrufung des einen Teils kann aber nicht auf die Widerrufung des anderen Teils geschlossen werden.

# Vierter Abschnitt. Erbvertrag.

## § 168. Die Erbverträge.

### a. Begriff und Zulässigkeit.

1. Erbvertrag ist ein Vertrag über die Beerbung eines oder beider Vertragschließenden. Er kann sein:

*α.* Erbvertrag im engeren Sinne oder Erbeinsetzungsvertrag (pactum successorium affirmativum s. acquisitivum), wenn durch ihn ein Erbrecht in den Nachlaß eines der Vertragschließenden begründet wird; oder

*β.* Erbverzicht (pactum successorium negativum s. renuntiativum), wenn er ein Erbrecht beseitigt, das dem Verzichtenden in Ansehung des Nachlasses des Vertragsgegners zusteht.

Wird durch einen Vertrag von Todes wegen nicht eine Erbfolge begründet, wie durch den Erbeinsetzungsvertrag, sondern nur ein Anspruch auf bestimmte Gegenstände des Nachlasses eines der Vertragschließenden, so spricht man von Vermächtnisvertrag oder partikulärem Erbvertrag.

2. Allen Erbverträgen ist, da sie eben als Verträge eine gegenseitige Bindung enthalten, die Unwiderruflichkeit eigen. Daher hat das rR. den Erbeinsetzungsvertrag als unsittlich nach dem Grundsatz: ambulatoria debet esse testatoris voluntas (S. 940) schlechthin verworfen (vgl. C. 8, 38, 4: qui contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio), während Erbverzichte deshalb nichtig waren, weil eine Erbschaft nur von einem

dazu Berufenen ausgeschlagen werden kann (S. 958, D. 38. 16, 16, C. 6, 20, 3).[1])

b. Erbschaftsvertrag.

Nichtig war nach rR. nicht nur ein auf den Todesfall geschlossener Vertrag, durch den die Vertragsparteien über den Nachlaß eines von ihnen verfügten. Vielmehr wurde auch der über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten geschlossene Vertrag (Erbschaftsvertrag, pactum de hereditate tertii) als unsittlich angesehen und daher für nichtig erklärt (ähnlich ABGB. § 1383), es sei denn, daß der Dritte den Vertrag genehmigt. Wer ohne eine solche Genehmigung über die von ihm erwartete Erbschaft eines Dritten verfügt, verliert sie bei späterem Anfall als indignus (D. 34, 9, 2, 3; 39, 5, 29, 2 f.; C. 2, 3, 30; unten § 170 b 1 δ).

Zulässig ist die Veräußerung einer bereits angefallenen Erbschaft (Erbschaftskauf, unten § 171).

---

[1]) Das Gem. Recht hat die Erbverträge nach der richtigen Meinung anerkannt. Streitig war, ob sie, wie die sonstigen Verträge (S. 272[7]), formfrei gültig oder an die Testamentsform gebunden wären.

Auch das ABGB. hat den Erbvertrag aufgenommen, jedoch mit mehrfachen Beschränkungen, als: a. ein Erbvertrag kann nur zwischen Ehegatten oder Brautleuten geschlossen werden; b. Gegenstand desselben kann nur der ganze Nachlaß oder ein aliquoter Teil desselben sein; c. er kann nicht zugunsten eines Dritten, sondern nur zugunsten des anderen Kontrahenten (durch Erbeinsetzung desselben) geschlossen werden; d. er kann sich nie auf mehr als drei Viertel des reinen Nachlasses erstrecken.

Was die Form anbelangt, so schreibt ABGB. § 1249 die schriftliche Testamentsform vor. Seit Geltung des Gesetzes vom 25. Juli 1871, RGB. Nr. 76, bedürfen Erbverträge, innerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes, als Ehepakte eines Notariatsaktes. Ein pflegebefohlener Ehegatte kann im Erbvertrag über seine Verlassenschaft, ohne Genehmhaltung des Gerichts, nur insoweit verfügen, als er gültig testieren kann (§ 1250). Über die Wirkung des Erbvertrages siehe ABGB. §§ 1252 und 1253, über dessen Erlöschung § 1254.

# Fünfter Abschnitt. Pflichtteil.

## § 169. Noterbrecht und Pflichtteilsrecht.

### a. Übersicht.

Das rR. ging, wie S. 939 dargelegt, davon aus, daß der Erblasser über sein Vermögen von Todes wegen völlig frei verfügen dürfte. In der späteren Entwicklung dagegen wurde ihm die Berücksichtigung der nächsten erbberechtigten Verwandten zur Pflicht gemacht (vgl. D. 50, 16, 120), und zwar in zwei verschiedenen Formen. Einerseits sollte der Erblasser in seinem Testamente seine Abkömmlinge (nach jüngstem rR. auch seine Vorfahren) als die natürlichen Erben nicht einfach übergehen, sondern jedenfalls erwähnen, also entweder als Erben einsetzen oder enterben, sog. formelles Noterbrecht. Anderseits hatten Abkömmlinge, Vorfahren, und unter Umständen sogar Geschwister einander gegenüber ein unentziehbares Recht auf einen bestimmten Teil (sog. legitima sc. portio) ihres gesetzlichen Erbteils (ihrer „Intestatportion"); der Erblasser sollte dieser Erben nicht nur „gedenken", sondern sie auch „bedenken", sog. materielles Noterbrecht oder Pflichtteilsrecht.

Nur das Soldatentestament war von den Beschränkungen sowohl des formellen (I. 2, 13, 6) als des materiellen Noterbrechts (D. 5, 2, 8, 4) befreit. Über die Pupillarsubstitution vgl. S. 1011.

In der Entwicklung des römischen Noterbrechts sind vier Abschnitte zu unterscheiden:

1. das alte civile Noterbrecht, ein formelles Noterbrecht zugunsten der sui (b 1 *a*);

2. das prätorische Noterbrecht, ein formelles Noterbrecht zugunsten aller Deszendenten des Erblassers (b 1 β);

3. das vom Zentumviralgerichte geschaffene materielle Noterbrecht zugunsten der Aszendenten, Deszendenten und Geschwister (b 2);

4. die durch die Novelle 115 herbeigeführte Verbindung des formellen und materiellen Noterbrechts (c).

b. Rechtszustand bis zur Novelle 115.

1. Formelles Noterbrecht.

α. Nach altem Civilrechte[1]) mußte der Erblasser seine sui, d. h. diejenigen Hauskinder, die durch seinen Tod gewaltfrei wurden, entweder als Erben einsetzen (honor institutionis: „heres esto") oder enterben (nota exheredationis: „exheres esto"); er durfte sie aber nicht übergehen[2]). Hierin lag nur eine Form. Denn einerseits galt der nicht eingesetzte oder enterbte suus auch dann als verletzt, wenn er seine volle Intestatportion zwar erhalten hatte, aber nur durch Vermächtnisse oder andere Zuwendungen; und anderseits konnte der Testator einen suus, sofern er ihn im Testamente nur erwähnte, auf einen bloßen Bruchteil seiner

[1]) Vgl. I. 2, 13: De exheredatione liberorum; D. 28, 2: De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis (C. 6, 28 und 29).

[2]) G. 2, 123 (= I. 2, 13, pr.): Qui filium in potestate habet, curare debet ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur. Diesen Grundsatz führt die herrschende Meinung (Vangerow) darauf zurück, daß die sui als Miteigentümer des Hausvermögens (S. 956[3]) nur durch eine ausdrückliche Enterbung des Hausvaters dieses Rechts entsetzt werden sollten. Andere (Dernburg) erklären den Satz damit, daß die Verstoßung der sui als der zunächst berufenen Erben eine ganz ungewöhnliche Maßregel war, für die daher eine ausdrückliche und mit Rücksicht auf die ursprüngliche Testamentsform (in procinctu und calatis comitiis, S. 1054) öffentliche Feststellung vorgeschrieben war.

Mit den Noterben, d. h. den notwendig zur Erbschaft zu berufenden nicht zu verwechseln sind die heredes necessarii, die notwendig (und daher ohne Antretung) zur Erbschaft gelangenden Erben (S. 956).

Intestatportion als Erben einsetzen oder ihn sogar gänzlich enterben, ohne einen diese Maßregel rechtfertigenden Grund angeben zu müssen. Eine wirkliche Beschränkung der Testierfreiheit lag hierin also nicht.

Das Noterbrecht der Hausſöhne war wirkungsvoller als das der übrigen Hauskinder (der suae und der unter der patria potestas ihres Großvaters stehenden Enkel).

a. Hausſöhne mußten ausdrücklich, wenn auch nicht notwendig mit Nennung des Namens (nominatim, G. 2, 127: Titius filius meus exheres esto oder auch nur: Filius meus exheres esto) und, wenn der Erblasser Substitutionen angeordnet hatte, „ab omni gradu", D. 28, 2, 3) enterbt werden[3]). Bedingte Erbeinsetzung genügte nur im Fall einer Potestativbedingung (D. 25, 5, 87, denn der suus erhielt dadurch die ihm sonst versagte Möglichkeit, die ihm im Falle der Nichtigkeit des Testaments ipso iure anfallende Erbschaft abzulehnen, S. 956); ferner dann, wenn der suus unter der entgegengesetzten Bedingung ausdrücklich enterbt war.

Die Verletzung dieser Vorschriften machte das Testament von Anfang an nichtig (test. nullum, S. 1062), und zwar nach der von Justinian aufgenommenen Meinung der Sabinianer auch dann, wenn der Hausſohn vor dem Erblasser starb[4]). Dem Intestaterben stand also die hereditatis

---

[3]) War ein Hausſohn bei den Erbeinsetzungen (a primo gradu) übergangen, bei den Substitutionen (a secundo gradu) enterbt, so waren jene nichtig, diese gültig (D. 28, 2, 3, 6). Der beim ersten Grade übergangene Sohn kann die hierauf beruhende Nichtigkeit jedoch nur geltend machen, wenn der erste Grad überhaupt in Betracht kommt; vgl. D. 37, 4, 8, 1 und 5 und über die Form der Enterbungen den verschiedenen Graden gegenüber D. 28, 2, 3, 2 ff., C. 6, 28.

[4]) G. 2, 123 (Fortſ. von Anm. 2): adeo quidem, ut nostri praeceptores (S. 118) existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, quia scilicet statim ab initio non constiterit institutio; sed diversae scholae auctores, siquidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditа-

petitio ab intestato (die gemeinrechtlich sog. „querela nullitatis iuris antiqui") zu.

b. **Haustöchter und Enkel** brauchten nur durch eine allgemeine Formel enterbt zu werden (exheredatio inter ceteros: „ceteri exheredes sunto"). Ihre Übergehung führte ferner nicht Nichtigkeit des Testaments herbei, vielmehr galten sie — um das Universalsukzessionsprinzip und den Grundsatz „nemo pro parte" usw. (S. 918) zu wahren — als **neben** den Testamentserben berufen (scriptis heredibus in partem accrescunt, G. 2, 124), und zwar neben sui zu einem Kopfteile, neben extranei zur Hälfte des Nachlasses[5]).

Auch Personen, die erst nach der Testamentserrichtung sui des Erblassers geworden waren (postumi sui, S. 997), müssen — seitdem ihre Institution und Exheredation zulässig wurde — eingesetzt und enterbt werden, sonst wurde das Testament hinfällig (agnatione postumi rumpitur testamentum, S. 1063). Söhne mußten auch hier besonders (G. 2, 132: „Quicumque mihi filius genitus fuerit, exheres esto") enterbt werden, bei Töchtern genügte die exheredatio inter ceteros, „dum tamen aliquid eis legetur, ne videantur per oblivionem praeteritae esse".

β. Nach **prätorischem Rechte** stand das Recht auf formelle Einsetzung oder Enterbung allen zur bon. poss. unde liberi (S. 924) berufenen Kindern, also **auch den Emanzipierten** zu. Für die Form der Enterbung galt das gleiche wie nach Civilrecht. Das übergangene Kind

---

tem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.

[5]) Die verschiedene Behandlung der Haussöhne und der Haustöchter beseitigte erst Justinian in C. 6, 28, 4, 1 mit der Begründung: „qui enim tales differentias inducunt, quasi naturae accusatores existunt, cur non totos masculos generavit, ut, unde generentur, non fiant"; vgl. auch I. 2, 13, 5: „quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturae officio fungitur". Im justin. Rechte mußten also alle Kinder nominatim enterbt werden, und ihre Übergehung führte stets Nichtigkeit des Testaments herbei.

konnte die bon. poss. contra tabulas erbitten (D. 37, 4, C. 6, 12). Waren neben übergangenen Kindern richtig eingesetzte vorhanden, so konnten auch diese „commisso per alium (sc. liberum) edicto", statt aus dem Testamente zu erben, die bon. poss. contra tabulas wählen, wenn sie dabei besser fortkamen (D. 37, 4, 3, 11; 37, 4, 8, 14; zB. wenn ihnen weniger als ihre Intestatportion hinterlassen oder diese mit Legaten beschwert war). Den gültig enterbten Kindern stand dieses Recht nicht zu (D. 37, 4, 10, 5).

Die Erbittung der bon. poss. contra tabulas zog nicht Nichtigkeit des ganzen Testaments nach sich, sondern hatte zunächst nur die Folge, daß der „Kontratabulant" seine volle Intestatportion erhielt[6]). In Kraft blieben dagegen die Enterbungen, die Pupillarsubstitutionen und in Höhe eines Kopfteils der Kontratubulanten Erbeinsetzungen und Vermächtnisse zugunsten der Eltern und Kinder des Erblassers (personae exceptae s. coniunctae), endlich das Vermächtnis der Rückgabe der dos an seine Frau und seine Schwiegertochter (vgl. D. 37, 5: De legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita).

Der „Kontratabulant" klagt mit dem int. quorum bonorum (S. 979) und der hereditatis petitio possessoria (S. 974).[1])

Wurde die b. p. contra tabulas nicht nachgesucht, so erhielten die Testamentserben die b. p. secundum tabulas (D. 37, 11, 2, pr.).

### 2. Pflichtteilsrecht bis zur Novelle 115.

Der Rechtsgedanke, daß bestimmte Intestaterben einen Anspruch nicht nur auf Erwähnung im Testamente, sondern auch auf einen Teil der Erbschaft haben, verdankt der Praxis des für Erbschaftssachen zuständigen Volksgerichts, des Gerichtshofs der centumviri (S. 975[5]), seine Entwicklung.

---

[6]) Nach einer Bestimmung Mark Aurels (G. 2, 126) sollten hierbei Weiber jedoch nicht mehr erhalten als vermöge ihres Akkreszenzrechts nach Civilrecht. Dies beseitigte Justinian in der in Anm. 5 erwähnten, auf Ausgleichung der Geschlechtsunterschiede gerichteten l. 4 C. de liberis praeteritis vel exheredatis 6, 28.

α. Ein Erblasser, der seinen nächsten Angehörigen nicht mindestens einen Teil des gesetzlichen Erbteils hinterläßt, ohne hierzu einen wichtigen Grund zu haben, wurde so angesehen, als hätte er diese Anordnung[7]) im Wahnsinne getroffen. Sein Testament wurde daher „hoc colore, quasi non sanae mentis testator fuerit" (I. 2, 18, pr.) vom Zentumviralgericht auf Beschwerde des durch die unverdiente Zurücksetzung auch in seiner Ehre gekränkten Intestaterben (querela inofficiosi testamenti) soweit aufgehoben, als es erforderlich war, um dem Intestaterben seinen vollen gesetzlichen Erbteil zuzuwenden. Voraussetzungen und Wirkungen der Querel waren — von wenigen Punkten abgesehen — bis zur Novelle 115 nicht gesetzlich, sondern nur gewohnheitsrechtlich festgestellt (vgl. I. 2, 18, D. 5, 2, C. 3, 28: De inofficioso testamento).

a. Pflichtteilsberechtigt waren anfänglich nur Aszendenten und Deszendenten, später auch Geschwister, aber nur dann, wenn ihnen eine „turpis persona" vorgezogen war. Halbbürtige Geschwister waren seit Konstantin (C. 3, 28, 27) nur dann pflichtteilsberechtigt, wenn sie den Vater (consanguinei), nicht auch, wenn sie die Mutter gemeinsam hatten (uterini). Unvollkommen Adoptierte waren nur ihren leiblichen Eltern, vollkommen Adoptierte nur ihrem Adoptivvater gegenüber pflichtteilsberechtigt (C. 8, 47, 10; vgl. S. 893 ff.).

Die Genannten waren jedoch sämtlich nur unter der Voraussetzung pflichtteilsberechtigt, daß sie die nächsten gesetzlichen Erben waren. Hinterließ also der Erblasser zB. einen minus plene adoptatus und seinen Vater, oder (unter Einsetzung einer turpis persona) einen vollbürtigen Neffen und einen halbbürtigen Bruder, so stand dem Vater und dem Bruder, da sie nicht die nächsten gesetzlichen Erben waren, kein Pflichtteilsrecht zu. Konnte oder wollte der

[7]) Die Quellen (I. 2, 18, pr., D. 5, 2, 2) weisen ausdrücklich darauf hin, daß der seine pflichtteilsberechtigten Verwandten nicht bedenkende Testator nicht als wirklich wahnsinnig zu behandeln sei; denn sonst wäre ja das Testament gänzlich nichtig gewesen.

nächste Pflichtteilsberechtigte (zB. der Sohn) die Querel nicht erheben, so fand eine successio in querelam des folgenden Pflichtteilsberechtigten (zB. des Enkels) statt.

b. Die Pflichtteilsberechtigten hatten nicht etwa einen Anspruch auf ihren vollen Intestaterbteil; denn ein solcher Satz hätte beim Vorhandensein von Pflichtteilsberechtigten die Testierfreiheit des Erblassers völlig beseitigt. Vielmehr beschränkte sich das Recht des Pflichtteilsberechtigten auf einen Bruchteil der Intestatportion (sog. legitima sc. portio).[8])

Die legitima war anfänglich in Nachbildung der Quarta Falcidia (S. 1042) auf $^1/_4$ der Intestatportion bestimmt; Justinian erhöhte sie in Novelle 18 auf $^1/_3$ und bei mehr als vier Intestaterben auf $^1/_2$ der Intestatportion[9]).

---

[8]) War dem Pflichtteilsberechtigten diese legitima ganz hinterlassen, so mußte er sich damit begnügen. War sie ihm aber nicht ganz hinterlassen, so konnte er seinen vollen Intestaterbteil verlangen, und zwar bis auf Justinian ohne Rücksicht darauf, ob ihm gar nichts oder nur ein Teil der legitima hinterlassen war. Erst Justinian führte die Unterscheidung ein (S. 1079), daß dem Pflichtteilsberechtigten der Anspruch auf den vollen Intestaterbteil zustände, wenn ihm gar nichts hinterlassen wäre, während er, wenn ihm die legitima zum Teil hinterlassen wäre, nur deren Ergänzung, nicht den vollen Intestaterbteil beanspruchen könnte.

[9]) Dies gibt der Vers eines unbekannten Juristen wieder:

Quatuor aut infra natis dant iura trientem,
Sed dant semissem liberis, si quinque vel ultra.

Hiernach betrug die legitima bei 4 Kindern $^1/_{12}$, bei 5 Kindern $^1/_{10}$ der Erbschaft. War ein Kind gültig enterbt, so wurde es bei der Berechnung der Intestatportion der übrigen, wenn diese ihren Pflichtteil forderten, mitgezählt. Dadurch minderte sich im allgemeinen der Pflichtteil, außer in dem Falle, daß fünf Kinder in Frage kamen. Denn dann wurde durch die Mitzählung des einen Enterbten die Intestatportion der übrigen zwar von $^1/_4$ auf $^1/_5$ vermindert, ihr Pflichtteil aber von $^1/_5$ auf $^1/_2$ erhöht, so daß sie, statt $^1/_{12}$, $^1/_{10}$ der Erbschaft erhielten. Dies drückt die Rechtsparömie aus: exheredatus partem facit ad minuendam, numerum ad augendam legitimam.

Streitig war im Gem. Recht die legitima der Enkel. Die herrschende Meinung stellte den allgemeinen Grundsatz auf: wessen Intestatportion $^1/_4$ oder mehr beträgt, dessen Pflichtteil ist $^1/_3$; wessen

Diesen Bruchteil mußte jeder Pflichtteilsberechtigte also mindestens aus dem Nachlasse (C. 3, 28, 36, 1 b) erhalten. Da es sich hierbei aber nicht, wie beim (formellen) Noterbrecht, um Wahrung einer Form handelte, galt der Pflichtteilsberechtigte nicht als verletzt, wenn er den Pflichtteil zwar nicht durch Erbeinsetzung, aber in anderer Weise erhielt, zB. durch Vermächtnis oder Schenkung von Todes wegen (I. 2, 18, 6); ferner waren eine Schenkung unter Lebenden sowie eine Ausstattung (dos, donatio propter nuptias, militia, d. h. Kauf einer Subalternbeamtenstelle) auf den

---

Intestatportion $^1/_5$ oder weniger beträgt, dessen Pflichtteil ist $^1/_2$. Danach wurde der Pflichtteil jedes Enkels nach dem ihm gebührenden Intestaterbteile besonders berechnet, so daß, wenn E zwei Kinder eines verstorbenen Sohnes und vier Kinder einer verstorbenen Tochter hinterließ, der Pflichtteil der ersteren $^1/_3$, der letzteren $^1/_2$ betrug. Nach einer anderen Meinung kam es dagegen auf die Anzahl der Stämme an, so daß die legitima nur beim Vorhandensein von mehr als 4 Stämmen $^1/_3$ betrug.

Streitig war ferner im Gem. Rechte die Art und Weise der Berechnung des Pflichtteils, ob nämlich der Pflichtteil für jeden Berechtigten als Teil seiner Intestatportion gesondert zu berechnen sei (sog. Distributivberechnung), oder ob für die Pflichtteilsberechtigten insgesamt der der legitima entsprechende Teil der Erbschaft ($^1/_3$ oder $^1/_2$) auszuscheiden sei, in den sie sich zu teilen hätten (sog. Kollektivberechnung). Hinterließ zB. E seinen Vater, den er auf den Pflichtteil setzte, und 4 Brüder, die er unter Einsetzung einer nicht unwürdigen Person überging, so würde bei einem reinen Nachlasse von 20 000 K. der Pflichtteil des Vaters nach der Distributivberechnung $^1/_3$ seiner Intestatportion (4000 K.), also 2000 K., dagegen nach der Kollektivberechnung $^1/_2$ des Nachlasses, also 10 000 K. sein. Für die Kollektivberechnung spricht zwar der Wortlaut der Novelle (18 c. 1: „tertia pars propriae substantiae", „media pars totius substantiae"); die überwiegende Ansicht folgte aber der allein gleichmäßige Ergebnisse gewährenden Distributivberechnung, da der dem materiellen Noterbrechte zugrunde liegende Gedanke, der auch Justinians Anordnungen beherrschte, der ist, daß jeder Pflichtteilsberechtigte einen nur unter bestimmten Voraussetzungen entziehbaren Anspruch auf einen gewissen Teil seines gesetzlichen Erbrechts habe; so auch ABGB. §§ 765 und 766.

Für die Berechnung des Werts der Intestatportion ist die Todeszeit des Erblassers zugrunde zu legen (C. 3, 28, 6). Die Schulden und Begräbniskosten sind in Abzug zu bringen (D. 5, 2, 89). Vgl. ABGB. §§ 784—786.

Pflichtteil anzurechnen, die Schenkung aber nur, wenn dies bei der Zuwendung bestimmt worden war.

Jedenfalls mußte der Pflichtteilsberechtigte aber seinen vollen Pflichtteil erhalten und zwar ohne daß dieser durch Bedingung, Zeitbestimmung oder Auflage beschränkt sein durfte; ebenso ABGB. § 774. Derartige Beschränkungen gelten seit Justinian (C. 3, 28, 32) als nicht beigefügt, soweit sie den Pflichtteil belasten, sind also, wenn dem Pflichtteilsberechtigten mehr als der Pflichtteil hinterlassen ist, nur für das Übermaß wirksam; ebenso ABGB. § 774. Der Erblasser kann aber auch anordnen, daß der Erbe, wenn er sich die Belastung des ganzen ihm Zugewendeten nicht gefallen lassen will, nur den Pflichtteil erhalten und den Mehrbetrag verlieren soll; gemeinrechtlich sog. cautela Socīni, benannt nach dem italienischen Juristen Marianus Socinus (aus Siena, † 1556), der in einem Gutachten die Zulässigkeit einer derartigen Anordnung verteidigte[10]).

*β.* Die völlige Enterbung, d. h. die Entziehung des Pflichtteils, war zulässig, wenn der Pflichtteilsberechtigte durch sein Verhalten dem Erblasser zu dieser Maßregel einen genügenden Anlaß gegeben hatte. Hierüber entschied bis zur Novelle 115 das freie richterliche Ermessen. Die Enterbung brauchte nicht immer eine Strafmaßregel gegen den Pflichtteilsberechtigten zu sein (exheredatio notae causa); vielmehr war auch eine exheredatio bona mente zulässig, zB. wegen Überschuldung des Pflichtteilsberechtigten; vgl. ABGB. § 773.

---

[10]) Hatte also A seine Söhne B und C zu Erben eingesetzt mit der Beschränkung, daß sie nur auf Lebenszeit den Nießbrauch erhalten sollten, die Verfügung über die Substanz aber erst ihren fideikommissarisch substituierten Kindern zustehen sollte, so wäre nach rR. (C. 3, 28, 32) diese Beschränkung nur für $^2/_3$ des Nachlasses bindend gewesen, nicht für das Pflichtteilsdrittel. Durch die cautela Socini („das mit meinen Anordnungen unzufriedene Kind setze ich auf den Pflichtteil") konnte A unmittelbar nun zwar auch nicht die Pflichtteilsberechtigten zwingen, sich die Beschränkung auch für den Pflichtteil gefallen zu lassen; aber er stellte sie doch vor die Wahl, dies zu tun oder den über den Pflichtteil hinausgehenden Teil ganz zu verlieren. Dies gilt auch nach ABGB. (arg. aus § 774).

γ. War dem Pflichtteilsberechtigten ohne genügende Veranlassung der Pflichtteil nicht ganz hinterlassen, so mußte man unterscheiden, ob ihm überhaupt nichts oder ob ihm nur zu wenig zugewendet war; im ersteren Falle konnte er mit der querela inofficiosi testamenti seinen vollen Intestaterbteil[11]), im letzteren Falle dagegen — wenigstens seit Justinians l. 30 C. 3, 28 (S. 1076[8]) — mit einer actio suppletoria (ad supplendam legitimam) nur Ergänzung bis zur Höhe des Pflichtteils verlangen; vgl. ABGB. §§ 775—782.

Als Grundlage der Querel galt die Kränkung des Pflichtteilsberechtigten, die er durch die ungerechtfertigte Enterbung erlitt. Die Querel war daher eine actio vindictam spirans, somit bis zur erfolgten Litiskontestation unvererblich (D. 5, 2, 6, 2, S. 374[8]); sie wurde ferner durch Anerkennung des Testaments beseitigt (D. 5, 2, 31, 4) und verjährte in fünf Jahren seit dem Antritte des Testamentserben (C. 3, 28, 36, 2). Sie war auch ein zweischneidiger Rechtsbehelf, insofern als der Kläger, wenn er abgewiesen wurde, alles ihm im Testamente Zugewendete als indignus zugunsten des Fiskus verlor (D. 5, 2, 8, 14, S. 1085). Sie sollte endlich nur mangels jedes anderen Rechtsbehelfs, also nur subsidiär, angestellt werden dürfen (I. 2, 18, 2). Alles dies galt nicht für die actio suppletoria.

---

[11]) Die Klage war gegen die Testamentserben zu richten, setzte aber deren bereits erfolgten Erbschaftsantritt voraus. Justinian bestimmte daher zur Verhinderung einer Verschleppung in C. 3, 28, 36, 2 a, daß der Testamentserbe sich binnen 6 oder 12 Monaten seit dem Tode des Erblassers erklären müsse, je nachdem die Parteien in derselben Provinz wohnten oder nicht.

War nur ein Pflichtteilsberechtigter vorhanden, so umfaßte seine Intestatportion die ganze Erbschaft; das Testament wurde dann also gänzlich „rezindiert". Andernfalls konnte nur eine „partielle Rezission" eintreten, ebenso wenn von mehreren Testamentserben nur einer verklagt wurde. Es konnte in diesem Fall also ausnahmsweise (S. 954) ein gesetzlicher Erbe neben einem Testamentserben erben. Wollte von mehreren Pflichtteilsberechtigten einer die Querel nicht durchführen, so akkreszierte sein Teil den übrigen (D. 5, 2, 23, 2).

In Nachbildung der querela inofficiosi testamenti wurde seit Alexander Sever eine querela inofficiosae donationis et dotis geschaffen. Damit konnte der Pflichtteilsberechtigte, der durch übermäßige unentgeltliche Zuwendungen des Erblassers unter Lebenden in seinem Pflichtteile verletzt war, von den Empfängern Rückgewähr in solcher Höhe verlangen, daß er seinen Pflichtteil erhielt, berechnet nach dem Vermögensstande des Erblassers unter Zurechnung des von ihm Weggegebenen (C. 3, 29 und 30; vgl. ABGB. §§ 951 u. 952).

### c. Die Vorschriften der Novelle 115.

In der Novelle 115 ordnete Justinian[12]) das formelle und das materielle Noterbrecht von neuem, aber nicht in so umfassender Weise, wie er dies hinsichtlich des Intestaterbrechts in den Novellen 118 und 127 tat (S. 926). Das Verhältnis der neuen zu den bisherigen Vorschriften ist daher in vielen Punkten streitig.

1. Geordnet ist in Novelle 115 nur das Verhältnis der Aszendenten und Deszendenten zueinander. Das Pflichtteilsrecht der Geschwister bei Einsetzung einer turpis persona ist daher unberührt geblieben und ist mit der querela inofficiosi testamenti zu verfolgen[13]).

---

[12]) Von den 6 Kapiteln der 542 n. Chr. erlassenen Novelle 115 ordnen das Noterbrecht nur die Kapitel 3, 4, 5; Kapitel 1 und 2 behandeln prozeßrechtliche Fragen (Entscheidung in der Berufungsinstanz nach dem zur Zeit des Urteils erster Instanz geltenden Rechte, Maßregeln gegen Prozeßverschleppung), Kapitel 6 behandelt die Wirkung eines constitutum debiti proprii vel alieni (S. 476[8]).

[13]) Nicht erwähnt und daher als beibehalten anzusehen ist auch die exheredatio bona mente (S. 1078). Nicht berührt von der Novelle sind endlich die sog. außerordentlichen Noterbrechte, nämlich das Intestaterbrecht der „armen Witwe" (S. 934) und der gesetzliche Vermächtnisanspruch des „unmündigen Arrogierten" (Quarta Divi Pii, S. 935), welche insofern den Charakter von Noterbrechten hatten, als sie den Berechtigten durch letztwillige Verfügung des Erblassers überhaupt nicht entzogen werden konnten (Nov. 53, 6, I. 1, 11, 3). Die arme Witwe und der Arrogierte konnten ihr Recht durch persönliche Klage gegen die Erben als Nachlaßgläubiger oder wie

2. Justinian setzt bestimmte Gründe fest, bei deren Vorhandensein die Enterbung ausschließlich zulässig sein soll[14]). Der Testator muß den Enterbungsgrund ausdrücklich angeben; der Beweis der Richtigkeit ist vom Testamentserben zu führen (vgl. ABGB. § 771). Liegt ein solcher Grund nicht vor, so sollen Eltern ihre Kinder, und Kinder, falls sie

---

Miterben geltend machen. Manche halten aber das Recht der armen Witwe nicht für ein Erbrecht, sondern für ein gesetzliches Vermächtnis. Zur Anfechtung von Veräußerungen zwecks Beeinträchtigung seines Anspruchs waren dem Arrogierten zwei Klagen gegeben, die actio quasi Faviana, wenn der pater arrogans mit, die actio quasi Calvisiana, wenn er ohne Hinterlassung eines Testaments gestorben war. Diese Klagen sind dem Patronatsrechte nachgebildet. Nach justin. Rechte hat der Patron nämlich ein Pflichtteilsrecht in Höhe von $^1/_3$ des Nachlasses des Freigelassenen, es sei denn, daß dieser seine Kinder eingesetzt hat oder sein Naßlaß weniger als 100 aurei beträgt. Hat der Freigelassene nun zwecks Verkürzung des Pflichtteilsrechts des Patrons sein Vermögen durch Veräußerungen unter Lebenden vermindert, so steht dem Patron die actio Faviana zu, wenn der Freigelassene mit, die actio Calvisiana, wenn er ohne Testament gestorben ist.

[14]) a. Enterbung der Deszendenten durch die Aszendenten ist zulässig (Nov. 115, 3; 14 Gründe): wegen schwerer Verfehlungen gegen die Eltern (Tätlichkeiten, schwere Beleidigungen, Erhebung persönlicher Anklagen, außer Majestätsbeleidigung und Landesverrat, schädigende Verleumdungen, Lebensnachstellung); wegen gewisser Akte der Lieblosigkeit (Ablehnung einer Bürgschaft, durch die ein Aszendent aus dem Gefängnisse hätte befreit werden können, Verlassen des Erblassers in Geisteskrankheit, Nichtloskauf aus der Gefangenschaft); wegen unsittlichen Lebenswandels (Eintritt in eine Giftmischerbande, Beischlaf mit der Frau oder Konkubine des Vaters, Unsittlichkeit der Tochter, es sei denn, daß die Eltern schuldhaft unterließen, sie bis zu ihrem 25. Lebensjahre zu verheiraten); beim Ergreifen des Berufs als Gaukler oder Schauspieler gegen den Willen der Eltern, es sei denn, daß diese den gleichen Beruf hatten; wegen Verhinderung der Eltern am Testieren und wegen Ketzerei; vgl. ABGB. §§ 768 u. 770.

b. Enterbung der Aszendenten durch die Deszendenten ist zulässig (Nov. 115, 4; 8 Gründe): bei Denunziation wegen todeswürdiger Verbrechen (außer Majestätsbeleidigung), wegen Lebensnachstellung, Beischlaf mit Frau oder Konkubine des Sohnes, Verhinderung der Kinder am Testieren, Vergiftung des eigenen Ehegatten, Verlassen des Erblassers in Geisteskrankheit, Unterlassen des Loskaufs, Ketzerei; vgl. ABGB. §§ 769 u. 770.

nicht eigene Nachkommen haben, ihre Eltern nicht nur mit dem Pflichtteile bedenken (materielles Noterbrecht), sondern auch im Testament als Erben einsetzen (formelles Noterbrecht); Nov. 115, 5, pr. Streitig ist nun zunächst das Verhältnis dieser Vorschrift zu dem bisherigen civilen (S. 1071) und prätorischen (S. 1073) formellen Noterbrechte. Nach dem sog. Additional- oder Korrektionssysteme (Cujacius) soll das alte Recht neben dem neuen fortbestehen, also zB. die Enterbung in den Formen des bisherigen Rechts geschehen müssen (S. 1072 ff.), während nach dem Derogations- oder Reformsysteme (Basiliken, Glosse) das alte Recht als beseitigt anzusehen, also zB. auch eine formlose Enterbung gültig ist.

3. Streitig ist aber vor allem schon seit der Glossatorenzeit die Wirkung einer entgegen den Vorschriften der Novelle 115 erfolgten Übergehung der Enterbung auf die Erbeinsetzungen[15]).

α. Nach dem Nullitätssysteme (Glossator Martinus) sind die Erbeinsetzungen nichtig. Hierbei ist aber weiter streitig, ob die Nichtigkeit eintritt:

a. absolut, so daß die Erbeinsetzungen selbst dann nichtig sind, wenn der zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandene Noterbe vor dem Testator fortfällt; oder nur

b. relativ, nämlich nur dann, wenn der zu Unrecht übergangene Noterbe den Testator überlebt, oder sogar nur dann, wenn er erklärt, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen.

---

[15]) Nur die Erbeinsetzungen werden von der Geltendmachung eines Noterbrechts betroffen; der sonstige Testamentsinhalt (zB. Vermächtnisse, Pupillarsubstitutionen, Vormundschaftsbestellungen) bleibt unberührt (Nov. 115, 3, 14 und 4, 9; vgl. ABGB. §§ 777 u. 778).

Ist ein Noterbe als Erbe eingesetzt, ihm aber weniger als der Pflichtteil zugewendet, so hat er, wie nach früherem justinianischen Rechte (S. 1079), nur die actio suppletoria.

Ja, der Erblasser kann durch Zufügung der Kodizillarklausel (S. 947) auch die Erbeinsetzungen als Universalfideikommisse aufrechterhalten, so daß der eingesetzte Erbe (als Universalfideikommissar) den Noterben nur die Quarta Trebellianica (S. 948) heraus zu geben braucht (S. 1062[21]).

Die Anhänger des Nullitätssystems geben dem Berechtigten zur Erlangung seines Erbteils als dem Intestaterben die hereditatis petitio (sog. querela nullitatis de iure novo, vgl. S. 1073).

β. Nach dem Inoffiziositätssysteme (Glossator Bulgarus) begründet die ungerechte Übergehung oder Enterbung keine Nichtigkeit, sondern nur Anfechtbarkeit der Erbeseinsetzungen. Dieser Anspruch ist vom Berechtigten mit der querela inofficiosi testamenti geltend zu machen und unterliegt deren Beschränkungen (fünfjährige Verjährung, Unvererblichkeit, Erbunwürdigkeit des abgewiesenen Klägers, S. 1079).

γ. Nach dem sog. gemischten Systeme (Glossator Accursius) sollen die Erbeinsetzungen nichtig sein, wenn überhaupt kein Enterbungsgrund angeführt ist (weil dann die in Nov. 115 vorgeschriebene Form nicht beobachtet sei), nur anfechtbar dagegen, wenn der angeführte Enterbungsgrund sich als unwahr herausstellt [16]).

---

[16]) Das Noterbrecht des rR. ist in der ihm durch die Nov. 115 gegebenen Gestalt in das Gem. Recht übergegangen. Dagegen hat das ABGB. das Noterbrecht in vielen Beziehungen abweichend vom rR. ausgestaltet.

a. Das ABGB. kennt kein formelles Noterbrecht, also kein Recht bestimmter Personen auf Einsetzung oder Enterbung, sondern nur ein materielles Noterbrecht. Der Pflichtteilsberechtigte ist nicht Erbe, sondern nur Forderungsberechtigter.

b. Pflichtteilsberechtigt sind: die ehelichen Deszendenten und Aszendenten, letztere bis inklusive zu den dritten Urgroßeltern; legitimierte Kinder; Wahlkinder sowie deren Nachkommen hinsichtlich desjenigen, der sie an Kindes Statt angenommen hat; uneheliche Kinder hinsichtlich ihrer Mutter; Eltern in den Nachlaß ihrer legitimierten Kinder; die Mutter ihrem unehelichen Kinde gegenüber (ABGB. §§ 762—764). Die Ehegattin ist nicht pflichtteilsberechtigt, sondern hat nur den Unterhaltsanspruch (ABGB. § 763). Voraussetzung des Pflichtteilsrechtes ist, daß der Pflichtteilsansprecher in concreto der nächste gesetzliche Erbe ist (ABGB. § 763); es werden also die Aszendenten von den Deszendenten ausgeschlossen (ABGB. §§ 730 u. 735).

c. Der Pflichtteil beträgt bei Deszendenten die Hälfte, bei Aszendenten ein Drittel dessen, was ihnen nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre (§§ 765, 766). Zur Entrichtung des Pflichtteils haben sowohl die eingesetzten Erben, als auch die Legatare ver-

hältnismäßig beizutragen (§ 783). Wie der Pflichtteil auszumessen und zu berechnen ist vgl. §§ 784—786; was in den Pflichtteil angerechnet wird s. §§ 787—789. Der Pflichtteilsberechtigte ist also nicht Erbe in Höhe der Hälfte bezw. des Drittels des gesetzlichen Erbteils, sondern hat nur ein Forderungsrecht gegen den Testamentserben auf den Geldwert dieser Hälfte. Der Pflichtteilsanspruch entsteht mit dem Erbfalle und ist von diesem Augenblicke an vererblich und übertragbar.

d. Enterbungsgründe, bei deren Vorliegen dem Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteil entzogen werden kann, sind:

1. bei Deszendenten: α. wenn sie den Testator im Notstande hilflos gelassen haben; β. bei einer Verurteilung zu lebenslangem oder zwanzigjährigem Kerker wegen eines Verbrechens; γ. bei beharrlichem unsittlichen Lebenswandel (§ 768);

2. bei Aszendenten: aus den eben angeführten Gründen und ferner, wenn sie die Erziehung des Kindes gänzlich verwahrlost haben (§ 769);

3. sowohl bei Deszendenten wie bei Aszendenten: wenn sie Handlungen gesetzt haben, welche den Erben nach den §§ 540 u. 542 des Erbrechtes unwürdig machen (§ 770). Trotz der gesetzmäßig erfolgten Ausschließung vom Pflichtteile muß dem Noterben doch immer der notwendige Unterhalt ausgemessen werden (§ 795).

e. Über die der querela inofficiosae donationis vel dotis nachgebildete Anfechtung von Schenkungen zwecks Ergänzung des Pflichtteils vgl. ABGB. §§ 951 und 952, über die Enterbung in guter Absicht, ABGB. § 773.

f. Aufhebung der Enterbung. Diese kann nur in derselben Weise erfolgen, wie die Aufhebung letztwilliger Verfügungen überhaupt (§ 772).

# Sechster Abschnitt. Erbunwürdigkeit.

## § 170. Die Erbunwürdigkeit [1]).

### a. Allgemeines.

Nach dem rR. der Kaiserzeit werden Zuwendungen von Todes wegen den Bedachten (Erben, Vermächtnisnehmern) nach dem Erwerb unter gewissen Umständen wieder entzogen und (als „ereptorium") anderen Personen zugewiesen. Bei der hier in Frage kommenden indignitas (Erbunwürdigkeit) handelt es sich also nicht um einen Mangel der Erbfähigkeit (S. 914) oder der Erwerbsfähigkeit (incapacitas, S. 915). Vielmehr werden die Berechtigten Erben oder Vermächtnisnehmer; das von ihnen Erworbene kann ihnen jedoch von anderen wieder fortgenommen werden. Soweit im folgenden nicht etwas anderes bemerkt ist, fällt das ereptorium dem Fiskus zu.

### b. Gründe der Indignität.

#### 1. Verfehlungen gegen den Erblasser oder seinen letzten Willen.

Erbunwürdig ist aus diesem Gesichtspunkte:

*a.* wer vorsätzlich (C. 6, 35, 10, nach manchen auch fahrlässig, vgl. D. 34, 9, 3) den Tod des Erblassers herbeiführt oder den Mörder des Erblassers nicht verfolgt (SC. Silanianum, S. 1066);

---

[1]) D. 34, 9: De his quae ut indignis auferuntur; C. 6, 35: De his quibus ut indignis auferuntur et ad SC. Silanianum.

β. wer die Rechtsfähigkeit des Erblassers angreift (D. 34, 9, 9, 1: si status controversiam movit);

γ. wer den Erblasser in seiner Geisteskrankheit nicht unterstützt (zugunsten dessen, der ihn unterstützte, Nov. 115, 3, 12 u. 4, 6) oder aus der Gefangenschaft nicht loskaufte (zugunsten der Kirche des Heimatsortes des Erblassers, Nov. 115, 3, 13);

δ. wer bei Lebzeiten des Erblassers über dessen Nachlaß einen Erbschaftsvertrag schließt (D. 34, 9, 2, 3, S. 1069);

ε. wer den letzten Willen des Erblassers mißachtet, indem er ihn unberechtigt als falsch (D. 34, 9, 5, 1 ff.) oder inoffiziös (D. 5, 2, 8, 14, S. 1080) angreift;

ζ. wer ein Testament oder Kodizill beiseite bringt (D. 48, 10, 4 u. 26);

η. wer den Erblasser von der Errichtung, Änderung oder Aufhebung einer letztwilligen Verfügung durch Zwang abhält (S. 994, vgl. ABGB. § 542);

ϑ. wer ein Jahr lang trotz richterlicher Aufforderung die ihm auferlegten Beschwerungen nicht erfüllt (zugunsten — nacheinander — der Substituten, Miterben, Legatare, Intestaterben, Nov. 1, 1 u. 4).

2. Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften.

Erbunwürdig ist aus diesem Gesichtspunkte:

α. wer ein fideicommissum tacitum übernimmt, d. h. zur Umgehung der Inkapazitätsvorschriften (S. 915) heimlich die Herausgabe des Nachlasses oder eines Teils an einen incapax verspricht (ll. 10, pr., 11, 23 D. 34, 9);

β. wer mit dem Erblasser in einer strafbaren (nach anderen überhaupt in außerehelicher) Geschlechtsverbindung gestanden hat (D. 34, 9, 14, C. 5, 5, 4; vgl. ABGB. § 543).

3. Mangelnder Wille des Erblassers zur Berufung.

Von diesem Gesichtspunkte aus ist unwürdig:

α. wessen Name vom Erblasser durchstrichen oder wessen Einsetzung in einem zweiten, aber nicht wirksamen Testamente zurückgenommen ist (D. 34, 9, 12), S. 1064;

β. wer vom Erblasser infolge von Irrtum eingesetzt oder bedacht ist (S. 992).[2])

c. Folgen der Indignität.

Liegt ein Unwürdigkeitsgrund vor, so gilt derjenige, an den das dem Unwürdigen Entrissene fällt, vom Anfall an den Unwürdigen an, an dessen Stelle als Erbe, ohne daß es einer Anfechtung bedarf. Daher gelten die vom Unwürdigen vorgenommenen Verfügungen über Nachlaßgegenstände als nichtig (D. 26, 7, 47, 5). Kennt der Unwürdige beim Antritte der Erbschaft den Indignitätsgrund, so gilt er als bösgläubiger Besitzer, haftet daher wie ein solcher für die Früchte und kann für die durch den Erbschaftsantritt infolge von Konfusion für ihn eingetretenen Verluste keinen Ersatz verlangen (D. 34, 9, 8 u. 18, 1); bei Unkenntnis des Indignitätsgrundes soll er jedoch keinen Schaden erleiden (D. 34, 9, 17).

Die dem indignus in dem Testament aufgelegten Sachen (Vermächtnisse, Freilassungen) gehen auf den Fiskus oder den sonst Eintretenden über (D. 29, 5, 9; 34, 9, 16, 2: cum suo onere fiscum succedere). Durch Ausschlagung der Erbschaft werden die Folgen der Indignität nicht abgewendet; ebensowenig durch den Tod des Unwürdigen (D. 29, 5, 22).[3])

---

[2]) Bei der Rezeption wurden die Indignitätsfälle in das Gem. Recht aufgenommen, aber ohne das Recht des Fiskus. Auch nach ABGB. fällt die Erbschaft des Unwürdigen demjenigen an, der berufen sein würde, wenn der Unwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte. Erbunwürdig ist nach §§ 540—543: wer den Erblasser, dessen Kinder, Eltern oder Gatten vorsätzlich an Ehre, Leib oder Vermögen verletzt oder zu verletzen gesucht hat oder wer auf die Errichtung oder Aufhebung seiner letztwilligen Verfügungen in unzulässiger Weise eingewirkt hat. Wegen der gegenseitigen Erbunwürdigkeit von Personen, welche des Ehebruches oder der Blutschande gerichtlich geständig oder überwiesen sind, vgl. ABGB. § 543.

[3]) Wird der Erbe für erbunwürdig erklärt, so gilt — wie nach rR. — der Anfall an den an seine Stelle Tretenden als mit dem Erbfall erfolgt. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Erblasser dem Erbunwürdigen verziehen hat. Die Nachkommen desjenigen, welcher sich des Erbrechts unwürdig gemacht hat, sind, wenn letzterer vor dem Erblasser gestorben ist, von dem Erbrechte nicht ausgeschlossen (ABGB. § 541).

# Siebenter Abschnitt. Erbschaftskauf.

## § 171. Der Erbschaftskauf.

### a. Abtretung des Rechts aus der Berufung.

Nach älterem Rechte konnte eine civilrechtliche Intestaterbschaft (legitima hereditas), die angefallen (deferiert), aber noch nicht erworben (angetreten) war, durch in iure cessio auf einen Anderen übertragen werden. Den sui et necessarii heredes war diese Art der Veräußerung natürlich verschlossen, da bei ihnen Berufung und Erwerb zusammenfallen (S. 956). Ebenso war nichtig die in iure cessio einer testamento delata hereditas (G. 2, 35 ff.; 3, 85 ff.). Durch die Übertragung trat der Erwerber ohne weiteres und auch den Erbschaftsgläubigern gegenüber als Universalsukzessor völlig an die Stelle des Erben. Ob diese Veräußerung der noch nicht erworbenen Erbschaft in das justinianische Recht übergegangen ist (vgl. die anscheinend irrig aufgenommenen l. 4 § 28 D. 44, 4), ist streitig.

### b. Verkauf einer erworbenen Erbschaft.

Sehr gewöhnlich war im jüngsten rR. die Veräußerung einer bereits erworbenen Erbschaft (D. 18, 4 u. C. 4, 39: De hereditate vel actione vendita). Im Gegensatze zu der unter a erwähnten begründet diese Veräußerung — entsprechend der Regel: semel heres, semper heres — lediglich unter den Vertragsteilen Rechte und Pflichten; nach außen hin blieb dagegen der Veräußerer berechtigt und verpflichtet.

1. Außenverhältnis.

Der Erbschaftskauf führt keine Universalsukzession herbei[1]). Der Erbschaftskäufer erwirbt nicht die Erbschaft als ganzes, sondern nur die einzelnen Erbschaftssachen auf Grund der vom Erben vorzunehmenden Übertragung (Übergabe der körperlichen Sachen, C. 4, 39, 6, Abtretung der Forderungen, D. 18, 4, 2, 8, C. 4, 39, 5; ebenso ABGB. §§ 1278 ff.). Anderseits können Erbschaftsgläubiger und Vermächtnisnehmer sich nicht an den Erbschaftskäufer, sondern nur an den Erben halten, es sei denn, daß der Erbschaftskäufer ihnen gegenüber die Nachlaßschulden übernommen hat (C. 4, 39, 2).[2])

Nur wer vom Fiskus eine diesem angefallene Erbschaft erwirbt, gilt als unmittelbarer Gesamtnachfolger des Erblassers. Daher können die Nachlaßgläubiger sich in diesem Falle nur an den Erwerber halten (C. 4, 39, 1).

2. Innenverhältnis.

Im Verhältnisse zueinander sind der Erbe und der Erbschaftskäufer obligatorisch verpflichtet, den Rechtszustand herzustellen, der eingetreten wäre, wenn der Erbschaftskäufer an Stelle des Verkäufers Erbe geworden wäre (D. 18, 4, 2, pr.; 18, 4, 2, 18, vgl. ABGB. §§ 1279 und 1280).

---

[1]) Auch die bereits erworbene Erbschaft konnte nach früherem Rechte durch in iure cessio auf einen Anderen übertragen werden. Aber auch hierdurch wurde keine Universalsukzession des Erwerbers begründet; vielmehr galt diese in iure cessio adquisitae hereditatis nur als eine in einen Rechtsakt zusammengefaßte Übertragung der im quiritischen Eigentum des veräußernden Erben stehenden Nachlaßsachen. Da durch in iure cessio ferner nur körperliche Sachen übertragen werden konnten, so erloschen die Nachlaßforderungen; vgl. G. 2, 34 ff.

Der Erbschaftskauf bedarf nach rR. keiner Form, ebenso nach ABGB. Nach ABGB. § 879 Z. 4 ist die Veräußerung eines noch nicht angefallenen Erbes oder Vermächtnisses ungültig. Der Kauf einer angefallenen, oder bereits angetretenen Erbschaft ohne Zugrundelegung eines Inventars wird als Glücksvertrag behandelt (§ 1278).

[2]) Nach ABGB. § 1282 können sich die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnisnehmer wegen ihrer Befriedigung sowohl an den Erbschaftskäufer als an den Erben halten. Ihre Rechte werden durch den Verkauf der Erbschaft nicht geändert.

Der Verkäufer muß also alle Nachlaßgegenstände auf den Käufer übertragen, dieser dem Verkäufer den Kaufpreis zahlen und ihn von allen Nachlaßschulden befreien (D. 18, 4, 2, 9: Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere), insbesondere auch die infolge des Erbfalls dem Verkäufer durch Konfusion verloren gegangenen Rechte wieder herstellen (D. 18, 4, 2, 18 u. 19; ebenso ABGB.). Der Nachlaß ist im Zweifel in dem Zustande zu übergeben, in dem er sich zur Zeit der Übernahme durch den Verkäufer befand (D. 18, 4, 2, 1; ebenso ABGB. §§ 1280 u. 1281). Der Verkäufer haftet für Eviktion hinsichtlich des Nachlasses als solchen, mangels ausdrücklicher Übernahme dagegen nicht hinsichtlich einzelner Nachlaßgegenstände (C. 8, 44, 1; vgl. ABGB. § 1283).[3])

---

[3]) Streitig — aber nach der vermutlichen Absicht der Parteien zu verneinen (entgegengesetzt ABGB. § 1279, wenn dem Kaufe kein Inventar zugrunde gelegt wurde) — ist die Frage, ob ein dem Verkäufer nach dem Verkaufe der Erbschaft durch Akkreszenz zufallender Erbteil dem Käufer gebühre.

# Anhang.

## I. Rechtssprichwörter.

Accessio cedit principali 209.
Actioni nondum natae non praescribitur 326.
Actore non probante reus absolvitur 360.
Adoptio naturam imitatur 890.
Agere non valenti non currit praescriptio 329.
Agnatione postumi rumpitur testamentum 997.
Alteri stipulari nemo potest 443[9].
Ambulatoria debet esse testatoris voluntas 940.
Anweisung ist keine Zahlung 613[1].
Augen auf oder Beutel auf 525[5].
Beati possidentes 337.
Bis de eadem re ne sit actio 376.
Bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit 736.
Casum sentit dominus 411.
Casus a nullo praestantur 411.
Cavere aut carere 690.
Certum esse debet consilium testantis 988[2].
Commodum eius esse debet, cuius periculum est 516.
Compensatio compensationis non datur 490.
Concursu fiunt partes 918[7].
Confessus pro iudicato habetur 151.
Consensus facit nuptias 843.
Da mihi factum, dabo tibi ius 346[3].
Der Tote erbt den Lebendigen 916.
Diei adiectio pro reo est, non pro stipulatore 417[4].
Dies coeptus pro completo habetur 319.
Dies interpellat pro homine 429.
Doli exceptio bonae fidei iudiciis inest 356[14].
Dolo facit, qui petit, quod redditurus est 486.
Duc aut dota 850[2].
Ecclesia vivit lege Romana 142.
Eisern Vieh stirbt nie 549[19].
Ex asse fit dupondium 1003.
Falsa causa non nocet 262.
Falsa demonstratio non nocet 992.
Fiat iustitia, pereat mundus 21.
Fiscus semper solvendo est 199.
Graeca sunt, non leguntur 144.
In dubio contra fiscum 199.
Inpossibilium nulla obligatio est 418.
In re obscura melius est favere repetitioni, quam adventicio lucro 337.
Invitus agere nemo cogitur 336.

Ipso iure compensatur 490.
Iura novit curia 346[3].
Iura ossibus inhaerent 31.
Iure suo uti nemo cogitur 336.
Iuris ignorantia nocet, facti non nocet 257.
Kauf bricht Miete 542.
Le mort saisit le vif 916.
Lex interpellat pro homine 428.
Lex posterior derogat priori 92.
Locus regit actum 269.
Mala fides superveniens non nocet 721.
Malitiis non est indulgendum 336.
Mater semper certa est, pater est, quem nuptiae demonstrant 873.
Melior est causa possidentis 337.
Minima non curat praetor 388.
Mulier taceat in ecclesia 249.
Nasciturus pro iam nato habetur 163.
Negativa non sunt probanda 360[4].
Nemo cum duobus testamentis decedere potest 954.
Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet 229.
Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest 953.
Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest 653.
Nomina ipso iure sunt divisa 981.
Noxa caput sequitur 638.
Nulli res sua servit 772.
Olim possessor, hodie possessor, semper possessor 722[17].
Omnis condemnatio pecuniaria est 432.
Onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat 360.
Periculum est emptoris 516.
Per liberam personam adquiri nobis non potest 301.
Petitorium absorbet possessorium 661[4].
Pignoris causa est indivisa 812.
Portio accrescit cum suo onere 1006.
Portio portioni accrescit 1005.
Positus in condicione non est positus in dispositione 1000.
Praedia vicina esse debent 773.
Praetor ius dicere potest, facere non potest 107.
Princeps legibus solutus est 80[3].
Protectio non involvit subiectionem 12[16].
Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua 334.
Quae non sunt, simulo, quae sunt, ea dissimulantur 254.
Quantum possessum, tantum praescriptum 789.
Qui delegat, solvit 613[1].
Quidquid est in territorio, etiam est de territorio 31.
Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia 144.
Qui excipit, non fatetur 360.
Qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam 335.
Qui tacet, consentire videtur 268[1].
Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere 279.
Quod sine die debetur, statim debetur 416.
Quot generationes, tot gradus 182.
Ratihabitio mandato comparatur 309.
Recht muß doch Recht bleiben 21.
Res accessoria sequitur rem principalem 732.
Res iudicata ius facit inter partes 376.

Res iudicata pro veritate accipitur 376.
Res nullius cedit occupanti 737.
Resoluto iure dantis resolvitur ius concessum 229.
Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei 208.
Salus publica suprema lex 7.
Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem 29[81].
Semel heres, semper heres 946.
Semper moram fur facere videtur 428.
Servitus fundo utilis esse debet 773.
Servitus in faciendo consistere nequit 771.
Servitus servitutis esse non potest 772.
Servitutibus civiliter utendum est 772.
Servitutis causa perpetua esse debet 773.
Species perit ei cui debetur, genus perire non censetur 399.
Spielſchulden ſind Ehrenſchulden 600[5].
Spoliatus ante omnia restituendus 673[23].
Subſtitution geht vor Akkreszenz, Transmiſſion vor Subſtitution 1010.
Summum ius, summa iniuria 21.
Superficies solo cedit 729.
The king can do no wrong 9[14].
Totiens praescribitur actioni nondum natae, quotiens nativitas est in potestate creditoris 328[8].
Tres faciunt collegium 195.
Ubi rem meam invenio, ibi vindico 711[9].
Ultra posse nemo obligatur 418.
Utile non debet per inutile vitiari 278.
Vim vi repellere licet 339.
Viventis nulla hereditas 912.
Wer ſäet, der mähet 215.

---

## II. Die wichtigſten Titel des Corpus Iuris Civilis.

### I. Institutiones.

1,1 De iustitia et iure.
2,1 De rerum divisione.
3,6 De gradibus cognationis.
4,6 De actionibus.
4,18 De publicis iudiciis (letzter Titel).

### II. Pandectae s. Digesta.

Pars I. *Πρῶτα* (Buch 1—4).

1,1 De iustitia et iure (de I. et I.).
1,2 De origine iuris (de O. I.).
1,3 De legibus.
1,4 De constitutionibus principum.
1,5 De statu hominum.
1,8 De divisione rerum et qualitate.
2,1 De iurisdictione.
2,14 De pactis.
2,15 De transactionibus.

3,1 De postulando.
3,2 De his qui notantur infamia.
3,3 De procuratoribus et defensoribus.
3,5 De negotiis gestis.
4,1 De in integrum restitutionibus.
4,2 Quod metus causa gestum erit.
4,3 De dolo malo.
4,4 De minoribus XXV annis.
4,9 Nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant.

## Pars II. De Iudiciis (Buch 5—11).

5,1 De iudiciis (daher der Name dieser pars).
5,2 De inofficioso testamento.
5,3 De hereditatis petitione (de H.P.).
6,1 De rei vindicatione (de R.V.)
6,2 De Publiciana in rem actione.
7,1 De usufructu.
8,1 De servitutibus.
9,2 Ad legem Aquiliam.
9,3 De his qui effuderint vel deiecerint.
9,4 De noxalibus actionibus.
10,1 Finium regundorum.
10,2 Familiae eerciscundae.
10,3 Communi dividundo.
10,4 Ad exhibendum.

## Pars III. De Rebus Creditis (Buch 12—19).

12,1 De rebus creditis (daher der Name dieser pars; de R.C.).
12,6 De condictione indebiti.
12,7 De condictione sine causa.
13,6 Commodati vel contra.
13,7 De pigneraticia actione vel contra (Pfandrecht, persönliche Seite, vgl. 20,1).
14,1 De exercitoria actione.
14,2 De lege Rhodia de iactu.
14,6 De senatusconsulto Macedoniano.
15,1 De peculio.
15,3 De in rem verso.
16,1 Ad senatusconsultum Velleianum.
16,2 De compensationibus.
16,3 Depositi vel contra.
17,1 Mandati vel contra.
17,2 Pro socio.
18,1 De contrahenda emptione (Abschluß des Kaufs); de C. E.
18,6 De periculo et commodo rei venditae.
19,1 De actionibus empti et venditi (Erfüllung des Kaufs).
19,2 Locati conducti.
19,3 De aestimatoria.
19,4 De rerum permutatione.
19,5 De praescriptis verbis et in factum actionibus.

## Pars IV. Umbilīcus (Buch 20—27).

(von ὀμφαλός, Nabel = Mitte des Werks).

20,1 De pignoribus et hypothecis (Pfandrecht, dingliche Seite, vgl. 13,7).
21,1 De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris.

21,1 De evictionibus et duplae stipulatione.
22,1 De usuris et fructibus.
22,3 De probationibus et praesumtionibus.
23,2 De ritu nuptiarum.
23,3 De iure dotium (de I. D.).
23,5 De fundo dotali.
24,1 De donationibus inter virum et uxorem.
26,1 De tutelis.

## Pars V. De Testamentis (Buch 28—36).

28,5 De heredibus instituendis.
29,2 De adquirenda vel omittenda hereditate (De A. v. O. H.).
30—22 De legatis et fideicommissis (I—III).
35,1 De condicionibus et demonstrationibus.
35,2 Ad legem Falcidiam.

## Pars VI. (Buch 37—44.)

37,1 De bonorum possessionibus.
39,1 De operis novi nuntiatione.
39,2 De damno infecto.
39,3 De aqua.
39,5 De donationibus.
39,6 De mortis causa donationibus et capionibus.
41,1 De adquirendo rerum dominio (de A.R.D.).
41,2 De adquirenda vel amittenda possessione (de A. v. A. P.).
41,3 De usurpationibus et usucapionibus.
41,4 Pro emptore.
42,1 De re iudicata.
42,8 Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.
43,1 De interdictis.
43,17 Uti possidetis.
43,24 Quod vi aut clam.
43,31 Utrubi.
44,1 De exceptionibus.
44,2 De exceptione rei iudicatae.
44,4 De doli mali et metus exceptione.
44,7 De obligationibus et actionibus.

## Pars VII. (Buch 45—50.)

45,1 De verborum obligationibus (de V.O.).
45,2 De duobus reis constituendis.
46,1 De fideiussoribus et mandatoribus.
46,2 De novationibus et delegationibus.
46,3 De solutionibus et liberationibus.
47,2 De furtis.
48,1 De iudiciis publicis.
49,1 De appellationibus et relationibus.
49,14 De iure fisci.

Anhang:

50,16 De verborum significatione (de V.S.).
50,17 De diversis regulis iuris antiqui (de R.I., letzter Titel).

## III. Codex.

1,1 De summa trinitate et fide catholica.
1,17 De vetere iure enucleando (Const. Deo auctore und Tanta).
2,27 Si adversus venditionem (Auth. Frideric. „Sacramenta puberum", S. 389[8], zu l. 1),
4,1 De rebus creditis.
4,28 Ad senatusconsultum Macedonianum.
4,29 Ad senatusconsultum Velleianum (Auth. „Si quae mulier", S. 250, zu l. 22).
5,12 De iure dotium.
5,13 De rei uxoriae actione.
7,14 De ingenuis manumissis (l. 5 = Lex Diffamari, S. 344[3]).
7,33 De praescriptione longi temporis.
7,62 De appellationibus.
8,4 Unde vi (l. 9 = Iusiurandum Zenonianum, S. 414).
8,52 Quae sit longa consuetudo.
9,8 Ad legem Iuliam maiestatis (L. 5 = Lex Quisquis).
9,47 De poenis.

# Register.


## A.

A (absolvo) 63
A (antiquo) 63
A (Appendix) 127
AA (Aulus Agerius) 160[1]
Abdicatio 71, (Tutel) 908
Abgeleitete Einreden 333
Abgeleiteter Besitz 644[4], 722
  Erwerb 228
Ab hostibus redemptus 174
Abnahmepflicht 522[6]
Abortus 164
Abrogatio 71
Absetzung 71, (Tutel) 908
Absicht 419[3]
Absolute Monarchie 9
Absolute Rechte 35
Absolutes Recht 25
Absolut gemeines Recht 27
Absolutio ab actione, instantia 358[1]
Abstammung, eheliche 873
Abstrakte Rechtsgeschäfte **235**, 439[1], 611
Abwesende (Vertrag) 282
Acceptilatio 441[5], **450**, 491
Accessio 209, 729
  cedit principali 209
  possessionis 664, (Ersitzung) 725
Accidentalia negotii 236
Accursius 143
Acquisitio (Eigentumserwerb) 701, 704
  hereditatis 917, **955**
  per universitatem **230**, 845
Acta diurna 66
Actio 345[2]
  ad exhibendum 614
  ad supplendam legitimam 1079
  adversus iudicem qui litem suam facit 636
  aquae pluviae arcendae 695
  arborum furtim caesarum 626, 630[10]
  auctoritatis **522**, 714[5]
  calumniae 635
  Calvisiana 1081[13]
  commodati 552
  communi dividundo 353, **596**, 763
  conducti 543
  confessoria 792
  constitutoria 476[8]
  contraria, directa 232, 350[6] **357**
  de aestimato 570
  de alienatione iudicii mutandi causa 635
  de arboribus succisis **149**[2], 626
  de effusis vel deiectis 636
  de filiatione 874
  de in rem verso 303

Actio de mortuo illato 630[10]
de partu agnoscendo 874
de pastu 638
de paternitate negativa 874
de pauperie 639
de peculio 303
de pecunia constituta 476[8]
depositi 487, **583**, 584
de posito vel suspenso 636
de tigno iuncto 204[6], 615[2], 626, **730**
doli **263**, 634
empti 518
exercitoria 304
ex stipulatu 449[13], (dos) 858
ex testamento 1040
familiae erciscundae 353, 596, **982**
Faviana 1081[13]
finium regundorum 353, 596, **697**
funeraria 581[10]
furti 627
hypothecaria 802[8]
iniuriarum 633
institoria 303
institutoria 502[2]
iudicati 381[7]
legati **1063**
legis Aquiliae 629
litigiosa 218, **375**, 496
locati 545
mandati 576
negatoria 754
negotiorum gestorum 579
noxalis 169, **637**
oneris aversi 569[8]
Pauliana 634
pigneraticia 806
praescriptis verbis 453
prohibitoria 755[8]
pro socio 593
Publiciana 756
quanti minoris 525
quasi Calvisiana 892[8], 1081[13]
quasi Faviana 892[8], 1081[13]
quod iussu 302
quod metus causa 265
Actio rationibus distrahendis 626, 898
recepticia 604[5]
redhibitoria 525
rei uxoriae 858
rerum amotarum 627
rescissoria 390
restitutoria 502[2]
sepulcri violati 630[10]
Serviana 350[7], 545, **801**
servi corrupti 630[10]
spolii 673[22]
stricti iuris 355
suppletoria 1079
tributoria 303
tutelae 904
vectigalis 767
venditi 518
viae receptae 697[13a]
Actiones adiecticiae qualitatis 301
annales 324
arbitrariae 351
civiles 347
communi dividundo 353, **596**, 763
duplices 353[13], 597
ex contractu 354
ex delicto 354
famosae **188**, 351
ficticiae 347
honorariae 347
in bonum et aequum conceptae 354
in factum 349
in factum, in ius conceptae 349
in personam, rem 353
in rem scriptae 354
mere poenales **354**, 624
mixtae **353**[13], 597, 624
noxales 354, **637**
perpetuae 324
poenales **354**, 374[8], 623
praescriptis verbis 350[4]
quasi ex contractu 354
quasi ex delicto 354, **635**
quod metus causa 354

Actiones rei persequendae **354**, 374[8], 624
simplices 353[10]
stricti iuris 355[14]
temporales 324
utiles 350
vindictam spirantes 374[8], 624
vulgares 349[4]
Actioni nondum natae non praescribitur 326
Actor 343
Actore non probante reus absolvitur **360**, 744
Actus 774
Actus legitimi 287
Ad condicionalia regula Catoniana non pertinet 1027
Addictio 174, 703
Additionalsystem 1082
Ademtio legati 1034
Ädilen 74
Ädilizische Klagen 74[5], **525**
Ädilizisches Edikt **110**, 524[2]
Aditio hereditatis 917, 957
Adiudicatio 160[1], **598**, 703, 983
Adminicula servitutis 776
Administratio cum libera 307
Adoptio 890, **893**
ex tribus maribus 894[4]
minus plena, plena 894
Adoption 893
Adoptio naturam imitatur 890
Adplumbatio 733
Adpromissio 444[9], **602**
Adquisitio s. Acquisitio
Adstipulatio 443[9], **481**
Adstipulator 629[9]
Adulterini 888
Adversaria 449[14]
Adversus hostem aeterna auctoritas 714[5], **716**
Aelius 150
Aequitas 21, 153
Aerarii 73, **177**
Aerarium 82[1]
Aestimatio 225
taxationis, venditionis causa (dos) 851, (Pacht) 549
Affectio maritalis 834[2]
Affektionsinteresse **226**, 413
Affektionswert 226
Affinitas 183, (Ehehindernis) 837
Affirmative Servituten 771[4]
Affirmatores 906
Africanus 117
Afterbürgschaft 602
Afterpfandrecht 811
Aftervermietung 542
Ager arcifinius, limitatus 76[1], 219, 731
Agere 112
Agere non valenti non currit praescriptio 329
Ager publicus 76, 93[4], 659[1]
Agnatio 153, **180**
Agnatione postumi rumpitur testamentum 997, 1063, **1073**
Agnatus proximus 920
Agnitio 961
Agrargesetzgebung 93[4]
Agrimensor 76, 425, **563**[8], 698
Agri vectigales 767
Ait praetor 109
Akkordarbeit 565[3]
Akkreszenz 918, (Erbeinsetzung) 1004, (Vermächtnis) 1024
Aktionensystem 344
Aktivlegitimation 358
Akzeptationstheorie 464[3]
Akzessorische Rechte 209, (Abtretung) 496
Album praetoris 107
Alea **513**, 598
Aleatorische Verträge 598[1]
Alienatio **229**, 718[9]
in fraudem creditorum 229
Alieni iuris 180
Alimente (uneheliche Kinder) 888, (Vergleich) 610
Alimentenvermächtnis 1056
Allgemeine Gütergemeinschaft 848
Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch 39
Allgemeines Recht 27
Alluvio 730

Altenteil 784
Altenteilsvertrag 599[1]
Alter 239
Altercatio 66
Alteri stipulari nemo potest 443[9]
Alternative Klagenkonkurrenz 505[3]
Alternatives Vermächtnis 1029
Alternativobligation 400
Alterum tantum 409
Alveus derelictus 730
Ambitus (Zwischenraum) 688
A momento ad momentum 318
Amortisationsgesetze **196**[6], 685
Amt 66
Analogie 30
Anatocismus coniunctus, separatus 409
Aneignung 737
Anfangstermin 297
Anfechtbarkeit 280, (Ehe) 837[7], 866[1]
Animus (Besitzwille) 653, (Rechtsbesitz 674
domini 643
dominii transferendi et acquirendi 706
donandi 533
rem sibi habendi 644[4]
Annahme 282
Annahme an Kindes Statt 890
Annahmeverzug 430
Anniculi causae probatio 878
Anspruch **2**, 343
Anspruchsverjährung 324
Anstalt 198
Anstandsschenkungen 538[14]
Antestatus 146[1]
Antichresis tacita 818
Antinomiae 129
Antrag 282
Anulus aureus 53
Anwachsung s. Akkreszenz
Anwachsungstheorie 464[3]
Anweisung 612
ist keine Zahlung 613[1]
Apocha 446[10], **484**[7], 560
Apochae Pompeianae 99[6]
Apparatus 143
Apparitores 71
Appius Claudius **58**, 112
Applicatio 46
Aquaeductus 774
Aquae et ignis interdictio 176[9]
Aquae haustus 774
Aqua pluvia 695
Aquilius Gallus **113**, 263, 997
Arbiter 586
Arbitratus 351
Arbitria 351
Arbitrium boni viri 458
de exhibendo, restituendo **351**, 433
Arcadius Charisius 119
Argentarii 485
Argumentum a contrario 30
Aristokratie 8
Arme Witwe 934
Arra 465
confirmatoria 466
constitutiva 466[3]
poenalis 466
poenitentialis 466
sponsalicia 835
Arrogatio 148, 891
As 55[1], 918[6], 1002
Assertor libertatis 167[2]
Assignatio 76
Aszendenten 182
Aszendententestament 1059
Auctor 228
Auctoratus 174
Auctoritatis interpositio **241**, 903
Auditorium principis 84, 87
Aufgebot 844[15]
Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft 869[5]
Auflage (Erbrecht) 951, (Schenkung) 538
Aufrechnung 485
Auftrag 307[7], **572**
Augen auf oder Beutel auf 525[5]
Augen für Geld 525[6]
Augustus 79

Auseinandersetzung (Gemeinschaft) 597, (Miterben) 982
Ausführungsverordnung 15
Ausgleichungspflicht 984
Ausländer 176[8]
Auslegung 29
Auslegungsregeln 273, (Testament) 989
Auslobung 572
Ausscheidungstheorie 398[3]
Ausschlagung (Erbschaft) 959
Ausschlagungsfrist 959
Außerordentliche Ersitzung 727
Außerordentliche Testamentsformen 1058
Äußerungstheorie 272
Ausstattung (Kollation) 986
Aussteuer 849
Ausübung der Rechte 335
Ausweisung 176[9]
Auszug 784
Auszugsvertrag 599[1]
Authentica 139[1]
  Hoc ius porrectum 472[2]
  Hoc nisi 472[3]
  Sacramenta puberum 389[8]
  Si qua mulier 139[1], **250**
Authenticae Fridericianae 139[1]
Authenticum 139
Authentische Interpretation 29
Avulsio 730
Azo 143

## B.

Bail à cheptel 549[10]
Baldus 144
Banknoten 222[7]
Barattohandel 530
Bartolus 144
Basiliken 141
Baum auf der Grenze 699
Beamte **66**, 82, 87
Beati possidentes 337, **643**
Bedingte Verurteilung 23[24]
Bedingung 284, (Erbeinsetzung) 990
  affirmative, negative 289
Bedingung, aufschiebende, auflösende 290
  notwendige, unmögliche 286
  perplexe 289
  unerlaubte, unsittliche 287
  unnütze 289
  willkürliche, zufällige 289
Befristung 296
Beglaubigung 271[6]
Behörde 66
Beklagter 343
Beneficia muliebria 250
Beneficium abstinendi 917, **956**
  cedendarum actionum 509, (Bürgschaft) 604, **608**, (Pfand) 816
  competentiae **434**, 535
  dationis in solutum 480[2]
  divisionis 604, (Bürgschaft) 604, **608**
  excussionis personalis (Bürgschaft) 604, **607**, (Pfand) 816
  excussionis realis 607[10], 816
  inventarii 969
  separationis 917, 971, **957**
Benefizialerbe 970
Bereicherung, ungerechtfertigte 616
Berliner Fragmente 121
Berufungsgründe (Erbrecht) 913, (Vormund) 897
Bes 55[1]
Besitz **642**, 648
  erwerb 649
  fehler 645
  juristischer 643
  schutz 643, 658
  störung 663
  titel 645
  verlust 656
  wille 653
Bestandteile (Rechtsgeschäfte) 236, (Sachen) 204
Bestärkung der Verträge 465
Bestätigung 280
Bestimmbarkeit 458, (Kaufpreis) 514

Betrug 261
Beurkundung 271[6]
Beweggrund 234[8], (Testament) 992
Bewegliche Sachen 218
Bewegliche Zeit 316
Beweislast 360
accidentalia 236
Angemessenheit 236[5]
Bedingung 236[5], **291**
Befristung 236[5]
Darlehen 560
Erfüllung 474
Erbschaftsanspruch 979
Ersitzung 720
Gewährleistung 525[5]
Kaufpreis 514[9]
negatoria 755
Unvordenklichkeit 324
Beweismittel 359[2]
Bienen 740
Billiges Ermessen 458
Billigkeitsrecht 21
Bimetallismus 222
Bis de eadem re ne sit actio 370, **376**
Bissextum 315
Blankettgesetz 16
Blindentestament 1058
Bodenzins 765
Bodmerei 561[14]
Bologneser Schule 142
Bona adventicia 181
irregularia, regularia 883
Bonae fidei contractus 233
iudicium 356[14]
Bonae fidei possessio 679 1a
possessor 646, (Eigentumsanspruch) 749, (Erbschaft) 977
Bona fide servire 167[2]
Bona fides (Ersitzung) 720, (Treu und Glauben) 357
Bona materna, materni generis 883
Bona vacantia 936
Bonitarisches Eigentum 680, 682
Bonität 498
Bonorum possessio 348, 914
Bonorum ab intestato 922
contra tabulas 914
cum re 923
decretalis 922, **966**
edictalis 922
ex edicto Carboniano 967
furiosi nomine 967
quibus ex legibus 925
secundum tabulas 914, **967**
sine re 923
Brachylogus iuris civilis 142
Brautgeschenke 835
Breviarium Alaricianum 122
Brevi manu traditio (Besitz) 652, (Eigentumserwerb) 709
Bundesstaat 14
Bürgerliches Recht 24
Bürgerrecht 191
Bürgschaft 600
selbstschuldnerische 601
Byzantinismus 86

## C

(siehe auch K).

C (condemno) 63
C (dies comitialis) 61
Cabotage 4[5]
Caducum 915, 1006[18]
Caelibes 97[5], 915
Caesar 110[1]
Calata comitia 59, (Arrogation) 891[2], (Testament) 1054
Calendarium 449[14]
Calumnia 187[9], 1062
Candidatus 68
Canon Redintegranda 673[29]
Saepe 673[28]
Capacitas 97[5], 915
Capitis diminutio maxima 166, media 176
minima **184**, 389, 438, 844, 893
Capito 116
Caput civis 166
ex mandatis 103
Carbonianum edictum 967, 1060[16]

Carfania 249[12]
Carpzovſche Methode 417[5]
Carta 99[6]
Cassiodorus 110[1]
Cassius 116
Casum sentit dominus 411
Cäſur des Verfahrens 158
Casus 422
  a nullo praestantur 411
  merus, mixtus 426
Cato 112
Catoniana regula 279, 1027, 1063
Caupo 587, 637
Causa 233, (Klagegrund) 333, (Schuldgrund) 611, (Verurſachung) 411, (Zweck) 618
  Curiana 1014
  debendi 152
  expressa, superveniens 378
  impulsiva 951[14]
Causae civiles 154[7]
  favorabiles 273, (Dos) 273, 849, (Freiheit) 166, (Teſtament) 989
  probatio erroris, per anniculum 179[10], 878
Cautela Socini 1078
Cautio (Darlehen) 560, (Sicherung) 385, (Urkunde) 99[6], 393[2]
  damni infecti 386, 689
  discreta, indiscreta 442
  fideiussoria 386
  iuratoria 386
  iudicatum solvi 754
  Muciana 289, 991
  pigneraticia 386
  usuaria 784
  usufructuaria 782
Cautiones 385
Cavere 112
  aut carere 690
Celsus 115
Censor 72
Centesimae usurae 407
Centuriae praerogativae 63
Certa res, certa pecunia 796[1]
Certioratio (Abtretung) 494, (Interzeſſion) 250[18]
Certum esse debet consilium testantis 988[2], 996
Cessat SC. 558
Cessio ad potentiorem 496
  bonorum 434
  legis 495
  necessaria 495
  voluntaria 495
Chikane ſ. Schikane
Chirographum 99[6]
Cives 176
Civilis possessio 647
Civilkomputation 317
Civilprozeß 158
Classicus 56[2], (Beerbung) 996
Clausula ceterata 943[6]
  generalis 390
  rebus sic stantibus 474[5], 554[1]
Codex accepti et expensi 152, 449
  Gregorianus 105
  Hermogenianus 105
  Iustinianeus 132
  rationum domesticarum 449[14]
  repetitae praelectionis 132
  Theodosianus 106
  vetus 126
Codicilli ab intestato, testamentarii 941
  confirmati 941
  nuncupativi 942
Codicillus 941, 1061
Coemtio 841
Coercitio 70
Cognatio 153, 182
Cognatio spiritualis 839[10]
Coheredes 912, 980
Collatio 121
  bonorum 984
Collationes 140
Collegium 194
Colonatus 174
Coloniae 76
Colonia partiaria 547
Colonus 540[2]
Comitia 55

Comitia calata 59, (Arrogation) 89[13], (Teſtament) 1054
centuriata 55, 60
curiata 55, 59
tributa 59
Commercium 146, 177
Commissio 231
Commixtio 733
Commodatum 550
Commodum eius esse debet, cuius periculum est 516
Communi dividundo 353, **596**, 763
Communio 596
Compensatio compensationis non datur 490
lucri cum damno 414
Compossessio 649
Compromissum 587[8]
Computatio civilis, naturalis 242, **317**
Concilia plebis 59
Concubinatus 97[5], 834[2]
Concursu fiunt partes 761[3], **918**[7]
Concursus duarum causarum lucrativarum 473, 1036
Condemnatio 160[1]
pecuniaria 351, 376, **432**
Condicio casualis 289
deficit 292
derisoria 289
existit 292
impossibilis, necessaria 286
in praesens, praeteritum collata 285
iuris 285
iurisiurandi 288[7], 991
mixtu 289
pendet 292
tacita 285
Condicionis implendae causa 950
Condictio **355**[14], 617[2]
causa data causa non secuta 621
causa finita 622
certi incerti 448, 559
Condictio de bene depensis 556
ex lege 535
furtiva 618[3], **628**
indebiti 619
Iuventiana **258**[7], 557, 622
ob causam datorum 621
ob rem 621
possessionis 618[3], 671[19]
sine causa 618, **622**
triticaria 448, 559
Conducere 539[2]
Confarreatio 841
Confessus pro iudicato habetur 151
Confideiussores 607
Confirmatio 280[4]
iuris Germanici 901[8]
Confusio (Erbrecht) 967, (Pfandrecht) 831, (Servituten) 790
Coniunctio (Erbeinſetzung) 1003, (Legat) 1025
Connubium 146, **177**, 836
Consanguinei 181
Consensus curatoris 242, 896[3]
facit nuptias 843
Consistorium 87
Consolidatio (Erbrecht) 967, (Pfandrecht) 831, (Servituten) 770
Constitutio Claudii 882[4]
Cordi 132
Δέδωκεν 128
Deo auctore 126
Haec quae necessario 125
Imperatoriam maiestatem 131
Constitutio Omnem rei publicae 134
Raynaldus, Raynutius 1044[3]
Rutiliana 715[6]
Summa rei publicae 126
Tanta 128
Constitutiones principum 102
Sirmondi 106
Constitutum debiti 455, **476**, 604
possessorium (Beſitz) 652, (Eigentum) 710

Consuetudo revertendi 740
Consul 46
Consulares 84
Consultatio 122
Contiones 54
Contractus 232, **395**
  aestimatorius 454, **570**
  bilaterales 355, **460**
  mohatrae 556
  pigneraticius 802
  socidae 549[20]
  suffragii 563
  unilaterales 355
Contra legem 18
Controversia de fine, loco 698
  de possessione 663[10]
Contubernium 837
Contutores 903
Conventio in manum mariti 836
Corpus (Besitz) 650, (Rechtsbesitz) 674
  iuris canonici 37
  iuris civilis 37, **135**
Correi credendi, debendi 504
Creditor 393
Cretio 957
  certorum dierum 957
  imperfecta, perfecta 957
  vulgaris 957
Crimen expilatae hereditatis 626, **965**
  suspecti 908
Cruces iuris consultorum 129
Culpa 419
  in abstracto, concreta 421
  in contrahendo 457[21]
  lata 421
  levis 421
Cum compensatione, deductione agere 485
Cura 897, **909**
  bonorum **163**, 897
  debilium personarum **245**, 897
  furiosi **246**, 897
  minorum **243**, 897
  prodigi **246**, 897
Cura ventris 163
Curator 163, 243, **897**
Curia 45

D.

Da mihi factum, dabo tibi ius 346[8]
Damnas esto (Legat) 1024
  (nexum) 147
Damnationslegat 1024
Damnum 410
  circa, extra rem 410
  emergens 410
  infectum 689
  iniuria datum 629
Dando, liberando, promittendo 533[7]
Dare 397
Dare damnas esto 147
Darlehen 554
Darlehnsfähigkeit 557
Datio in solutum 480
Debitor cessus 493
Debitum legatum 1031
Decem personae 939
Decretum 102
  Divi Marci 341
  Tametsi 843[15]
Decunx 55[1]
Decuriones 77
Deductio servitutis 786
Deducto aere alieno 434, **537**
Defloration 413[14]
Degustatio 528[1]
Deiectio 670
Deklaratorische Wirkung 381
Delationsgründe (Erbrecht) 911, (Vormund) 897
Delegation 478
Deliberationsfrist 959
Delikte 227, 623
Deliktsfähigkeit 241
  klagen 354
  obligationen 623
Demokratie 8
Demonstratio 160[1]
Denuntiatio 494

Deportatio 177[9]
Depositio 484
Depositum 582
irregulare 555[4], **585**
miserabile 584
Derivativer Besitz 644[4], (Ersitzung) 722
Eigentumserwerb 704
Erwerb 228
Derogatorische Klausel 940
Der Tote erbt den Lebendigen 916
Deszendenten 182
Detentor 643, 645[5]
Detestatio sacrorum 891[2]
Deunx 55[1]
Dextans 55[1]
Dezemvirn 48
Dicis causa 173, (Eheschließung) 843
Dicta et promissa 525
Gratiani 128
Dictator 71
Diei adiectio pro reo est non pro stipulatore 417[4]
Dienstbarkeiten 770
Dienstvertrag 561
Dies 296
cedit, venit 297
certus, incertus 296
coeptus pro completo habetur 319
fasti, intercisi, nefasti **61**, 313
legati cedit, venit 1037
interpellat pro homine 429
Diffareatio 867
Differenzgeschäft 598[1]
Digesta 111[2], **126**
Digestum novum, vetus 138
Diligens pater familias 421
Diligentia quam suis 420
Dinglicher Vertrag 439[1]
Dingliches Recht 34
Dio Cassius 110[1]
Diptychae 98[6]
Disiunctim 1025
Diskonto 417
Dispache 571[10]
Dispositionsnießbrauch 778[4], 883[5a]
Dispositionsurkunde 613
Dissensus 257
Dissoziation 594
Distanzgeschäft 710
Distributivberechnung 1077[9]
Divisio parentum inter liberos 1059[14]
Divortium 866
Dodrans 55[1]
Doktrinelle Interpretation 29
Doli exceptio bonae fidei iudiciis inest **356**[14], 364[6]
Dolo facit qui petit quod redditurus est 486
Dolus **261**, 419, 634, 994
causam dans, incidens 263[4]
determinatus, indeterminatus 420[2]
Domicilium derivativum, necessarium, voluntarium 193
Dominium 677
directum, utile 764, 680[2]
ex iure Quiritium 680
pendens, quiescens, dormiens 683, 684
plurium in solidum 679
Donatio inter virum et uxorem **538**, 847
mortis causa 538, **948**
propter nuptias 864
sub modo 537
Doppelwährung 222
Dos 848
adventicia 850
necessaria 850
praelegata, relegata 1032
profecticia 850
recepticia 850
taxationis, venditionis causa aestimata 851
voluntaria 850
Dosithei magistri interpretamenta 121
Dotalprivilegien 825[4]
recht 848[1]
versprechen 852
vertrag 854
Dotationspflicht 849

Dotis dictio 441[4], **852**
promissio 852
Do ut des 453
Do ut reddas aut rem aut aestimationem 454, **570**
Draufgabe 465
Drohung 264, (Testament) 994
Duc aut dota 413[14], **850**[2]
Duplae stipulatio 522
Duplex dominium 682
interpretatio 136
Duplik 361
Dupondii 134
Durantis 144
Duumviri perduellionis 44

## E.

E (Ediktsmasse) 109, **127**
Eadem res, eadem quaestio 378
Ecclesia vivit lege Romana 142
Edikt 107
Edicta 102
magistratuum 106
Edictales 134
Edictum Carbonianum 967
de alterutro 859
de pretiis, rerum venalium 515
Diocletiani 105
perpetuum 107, 109
repentinum 107
Theodorici 123
tralaticium 107
Edition 614
Editto politico di navigazione 5[5]
Ehe 833
frau 250, **844**, (Interzession) 250
güterrecht 848
hindernisse 837
Eheliche Abstammung 873
scheidung 871[10]
schließung (Form) 841, (Voraussetzungen) 836, (Wirkung) 844
Ehetrennung 866, 871[10]
vertrag 848[1]
zur linken Hand 834[2]
Ehre 186
Ehrenminderung 187
Ei confertur cui aufertur 985[3]
Eid (Bestärkungsmittel) 465[1], (Kaution) 386
Eigenbesitzer 643
Eigengewässer 4
Eigenmacht, verbotene 340[1], 645[7] **661**
Eigentum 677
ruhendes 684
schwebendes 683
widerrufliches 684
Eigentümerhypothek 832[6]
Eigentumsbeschränkungen 679, **686**
erwerb 699, (Kauf) 517
Eigentumsklage 743
Einheitssache 204
theorie 505[3]
Einlassungspflicht 370[1]
Einrede (Teilung) **362**, 509, 607
(Theorie) 236[5]
(Verjährung) 333
(Vorausklage) 607
Einreden 359, (privilegierte) 367
(selbständige) 381[7]
Einstweilige Verfügung (Bau) 693[8]
(Besitz) 669[16]
Einwendungen 360
Eisern Vieh stirbt nie 549[30]
Ἐκλογὴ τῶν νόμων 141
Elastizität des Eigentums 680
Elektive Klagenkonkurrenz 505[4]
Elterliche Gewalt 885[6]
Emancipatio 886
Anastasiana 887
Iustinianea 887
per rescriptum principis 887
Saxonica 887[7]
tacita 887[7]
Emanzipatenkollation 984
Emanzipation (Frauen) **185**, 186[1]
(Hauskinder) 886, (Juden) 191[6]
Emanzipierte (Beerbung) 939
Emblemata Triboniani 128

Empfangstheorie 272
Empfängniszeit 873[2]
Emphyteuse 674, **764**
Emptio ad gustum 528
per aversionem 517[21], 528
perfecta 516[21]
rei speratae **513**, 598[1]
spei 513, 598[1]
venditio 512
Encyklopädie 1[1]
Endtermin 298
Enteignung 687[2]
Enterbung 1071, (in guter Absicht) 1078
Entgangener Gewinn 410
Entmündigung 246[6]
Entscheidungsgründe 379[4]
Entwehrung (dos) 856, (Erbteilung) 984, (Kauf) 519
Ephemeris 449[14]
Epistola 111[2]
Epistola Hadriani 104
Epitome Iuliani 139
Erbeinsetzung 995
Erbenhaftung 967
Erbfähigkeit 914
fall 911
folge (gesetzliche) 919, gewillkürte) 939, 988
folgeordnung 920
lasser 911
loser Nachlaß 936
pacht 765[1]
rechtsgrenze 925
Erbschaftsanspruch 973
erwerb 955
kauf 500[3], 964[10], **1088**
steuer 82[1], 966[12]
vermächtnis 946, **1046**
vertrag **1068**
Erbteil 912, **980**
teilung 980
unwürdigkeit 915[4]
vertrag 1068
verzicht 961[8], **1068**
Erfüllung 471, **480**
Erfüllungsort 415
Erfüllungszeit 416
Erlaß 490
Ernstlichkeit 255
Eröffnung des Testaments 1065
Erogator 953[10]
Error concomitans 257
Error essentialis 257
facti, iuris **257**, 619[5]
probabilis 257
Erroris causae probatio 179[10], **878**
Errungenschaftsgemeinschaft 590, **848**[1]
Ersitzung 713
außerordentliche 727
(Servituten) 788
Ersitzungsfähigkeit 717
Erwerb 227.
Erwerbsgemeinschaft 590
unfähigkeit 915
Erziehungsrecht 876
Essentialia negotii 236
Evictio imminens 521[2]
Eviktion (dos) 856, (Erbteilung) 984, (Kauf) 519
Ἑξάβιβλος 142
Ἑξακοντάβιβλον 141
Examen (jur.) 40[4]
Exarchat 86[1]
Ex asse fit dupondium 134[1], **1003**
Exceptio 362
de iure tertii 366
doli 261, 356[14], **363**[6]
doli bonae fidei iudiciis inest **356**[14], 364[6]
dominii 665
legis Cinciae 534
litis pendentis 371
mali processus 520[2]
non adimpleti contractus 460
non numeratae dotis 854[4]
non numeratae pecuniae 445
non rite adimpleti contractus 460[1]
plurium 889[2]
quod praeiudicium hereditati non fiat 976

Exceptio quod vi aut clam 694
rei in iudicium deductae 371
rei iudicatae 377
rei venditae et traditae 154, **310**[1], 681, 751
SC. Macedoniani 101, 181, 251, 382[7], **558**
SC. Velleiani 101, **250**, 382[7]
spolii 673[23]
sub- et obreptionis 103
vitiosae possessionis 665
Exceptiones civiles, honorariae 366
in personam, rem 366
iuris, facti 365[7]
peremptoriae, perpetuae 367
personae, rei cohaerentes 366
Excusatio voluntaria 902
necessaria 902
Exercitor navis 304
Exheredatio 1071, (bona mente) 1078
Exhibere 351, **614**
Exhibition 614
Ex nunc, tunc 230
Expensilatio 450
Expromiſſion 478
Extenſive Interpretation 29
Exterritoriale 32
Extraordinaria cognitio 160

## F.

Facere 397
Facio ut facias 453
Facultas alternativa 400
Fahrläſſigkeit 419
grobe 421
Fahrläſſigkeitsdelikte 625
Falcidiſche Quart 1042
Fälligkeit 416
Falsa causa non nocet 234[3] (Erbeinſetzung) 993
Falsa demonstratio non nocet **990**, 992
Falsus procurator 308
tutor 635, 908
Familia 57[5]
Familiae emptor 1054
erciscundae actio 353, **982**
Familie 180
Familienfideikommiß 1023[6]
name 875
recht 833
Feiertag 320[8]
Feindesſachen 740
Felddienſtbarkeiten 774
Feldmeſſer 76, 425, **563**[3], 698
Ferruminatio 732
Feſtſtellungsklage 344[2]
Festus 111[1]
Fetiales 45
Fiat iustitia, pereat mundus 21
Fictio legis Corneliae 166[1], 1053
Fictus possessor (Eigentumsanſpruch) 745, (Erbſchaftsanſpruch) 976
Fideicommissum a debitore relictum 464
eius quod supererit 1009[21], 1048
familiae relictum 1023
heredi praesenti iniunctum 1062
Fideiussio 600, 602
indemnitatis 601
Fideikommiß 944
Fideikommiſſar 1009[21]
Fideikommiſſariſche Subſtitution 1008[21]
Fideikommiß auf den Überreſt 1009[21], 1048
Fideipromissio 602
Fides (Erſitzung) 720
Fiducia 151, **799**
Fiduziar 1009[21]
Fiduziariſche Geſchäfte 255[5]
Fiktion 349
Fiktionstheorie 194[1]
Filius familias 181, **877**
Finderlohn 742
Finis 698

Finium regundorum 353, **697**
Fiscus semper habet ius pignoris **199**, 808
semper solvendo est 199, **886**
Fiskus 82, **198**
Flamines 45
Flavius 123
Florentina 137
Flumen quod perenne est 217[3]
Flüsse 217[3], (öffentliche) 688
Foenus nauticum 560
Forderungsrecht 394
Forderungsvermächtnis 1031
Forense 32.
Form (Willenserklärung) 269
Forma 104
Formelles Notorbrecht 1071
Formula 159
Octaviana **266**, 352
petitoria 753
Formularverfahren 159
Forum domicilii 193
hereditatis 979[9]
originis 192
Fragmenta de iure fisci 121
Vaticana 121
Fragmentum Atestinum 98
Frauen 185, (Erbeinsetzung) 996, (Geschäftsfähigkeit) 247
Frauenemanzipation 247
Fraus 261
Freie Ehe 841, 843
Freigelassene (Beerbung) 937, (Rechtsstellung) 171
Freilassung 170
Freizügigkeit 174
Fremde Sache (Verkauf) 514, (Vermächtnis) 1028, (Verpfändung) 804
Frist 319
Frucht 212
Früchte auf dem Halm 215, (Erwerb) 735, (Pfandrecht) 809
Fruchterwerb 735, (Nießbraucher) 780, (Pächter) 549
Fructuarius 778[3]
Fructus consumpti, exstantes 214
Fructus consumptos suos facit **736**, 749
licitatio 668
naturales, civiles 213
stantes, pendentes 213 (Kauf) 513, **735**, (Pfandrecht) 809
percepti, percipiendi 214, 748
Fund 741
Fundus dotalis 856
instructus 549
optimus maximus **521**[3], 777[8]
Fungibilien 219[5]
Fur manifestus, nec manifestus 174
Furiosus 246
Furtum 216, **625**
lance et licio conceptum 627[8]
manifestum 626
possessionis, rei, usus 625[6]

## G.

Gaii Institutiones 120
Gaius 117
Garantie 575
Gattungsschuld 400
vermächtnis 1030
Gebäudedienstbarkeiten 774
Gebrauchswert 225
Gefahr 401, (Dienstvertrag) 564. (Kauf) 516, (Miete) 544, (Werkvertrag) 568
Gefährdeeid 1062
Gegenrechte 359
Gegenseitiger Vertrag 460
Gegenseitigkeit 176[9], 487
Gehilfe (Dienstvertrag) 564, (Haftung) 426, (Werkvertrag) 565
Geisteskrankheit 246
Geld 220
schulden 399
Gellius 111[1]
Gemeinden 199
Gemeines Recht 27.
Gemeinschaftliches Testament 1067

Gemeinschaft zur gesamten Hand 225[9], **508**, (Miteigentum) 760, (Miterben) 982[1]
Gemischt-generische Obligationen 398[2]
Generalpfandrecht 808
vollmacht 307
Gens 45
Genus 219
Genus perire non censetur 399
Gerechtigkeiten 772
Gerichtsbarkeit 342
freiwillige, streitige 24
geistliche 342[1]
Gerichtsstand 193
verfassung 24
Geringstes Gebot 827[8]
Germani 181
Gesamte Hand 225[9], **508**, (Miteigentum) 760, (Miterben) 982[1]
Gesamtnachfolge 230, (Erbfolge) 918
forderung 508
schuld 508
Geschäftsfähigkeit 237, (beschränkte) 243[3]
Geschäftsführung ohne Auftrag 577
Geschäftsirrtum 256
Geschlecht 185, (Geschäftsfähigkeit) 247
Gesellschaft 589
Gesetz 15
Gesetzesanalogie **30**, 136
befehl 15
Gesetzliche Vermutung siehe praesumptio
Gesetzlicher Vertreter 306
Gesetzliches Güterrecht 848[1]
Gesetzliches Pfandrecht 807, (Miete) 545, (Pacht) 548
Geständnis 361
Gestio pro herede 958
Gestum 231
Gesundheit 245
Gewagte Verträge 598[1]
Gewährleistung 522
Gewährleistungsfristen 525[5]
Gewalt, höhere 423
väterliche 877
Gewere 674[1]
Gewohnheitsrecht 17
Gläubiger 393
verzug 430
Glebae adscripti 174
Glossa ordinaria 143
Glosse 143
Glücksspiel 599
Goldwährung 222
Gracchen 93[4]
Grad 182
Graeca sunt, non leguntur 144
Granius Flaccus 94
Gregorianischer Kalender 314[1]
Grenzberichtigung 699[14]
mauer 697, **699**
verhältnisse 697
Großjährigkeit 241, 243[3]
Grotius 4[5]
Grundbuch 678[1]
dienstbarkeit 770
steuerkataster 88[4]
Gütergemeinschaft 589, **848**[1]
Guter Glaube (Besitzerwerb) 679[1a], (Eigentumsanspruch) 749, (Erbschaftsbes.) 977, (Ersitzung) 713

## H.

Habere licere praestare 520
Habitatio 784
Hades 287
Haeretici 191
Haftung (Entwehrung) 520, (Erbe) 967, (Schuldverhältnisse) 396
Halbsouveränität 11[16]
Handgeld 465
geschenk 533
Handlung 227
Handlungen, unerlaubte 623
Handlungsfähigkeit 237
Handschriften 137
Hauptmängel 524
sache 208
Hauskinder 251, **877**, (Beerbung) 937, (Dahrlehnsfähigkeit) 557

Haustiere (Aneignung) 738, (Schaden) 639
Haverei 571[10]
Hemmung (Ersitzung) 725, (Verjährung) 329
Herausgabeanspruch 653[15]
Heredes necessarii 917, **956**
Hereditas iacens 201[11], **964**
vendita 1088
Hereditatis petitio 973
fideicommissoria 974[1]
possessoria 974[1]
Heres 911
ex asse 55[1], **918**[6], 1000
ex re certa 1000
fideicommissarius 1009[21]
fiduciarius 1009[21]
Hermaphroditus 185
Hermeneutik 28
Hermogenianus 119
Heuer geht vor Kauf 542[7]
Hinterlegung 484
Historische Schule 20
Höchstpersönliche Rechte 336, (Dienstbarkeiten) 777, (Vererbung) 919
Hochverrat 44
Hodegetik 1[1]
Hoffmannsche Methode 417[5]
Höhere Gewalt 423
Holographisches Testament 1058[10], 1058[11]
Homo novus 52
Honorarium 562
Honorierter 943, 1019
HS (Sestertius) 55[1]
Hugo 143
Hyperocha 821
Hypothek 796[1]
Hypotheca 800
Hypothekarische Sukzession 828
Hypothetische Unmöglichkeit 487

## J.

Iacobus 143
Iactus missilium 710
Jagdrecht 739
Jahr 313
Iavolenus Priscus 116
Iden 315[3]
Ignominia 187
Ignorantia 256
Ignoranti non adquiritur possessio 654[18]
Illegitimitätsklage 874
Illustres 87
Imaginaria solutio 472[2]
venditio 150
vindicatio 151
Imagines 52[2]
Immaterieller Schaden 412[14]
Immaterielles Güterrecht 34
Immission 688
Immobilien 218
Impedimenta matrimonii 837
dirimentia, impedientia 837[7]
Impensae necessariae, utiles, voluptuariae (Dos) 862, (Eigentumskl.) 750, (Erbschaftskl.) 978
Imperium 68
Impetratio dominii 820
Implantatio 730
Imploratio officii iudicis 382[6]
Imponderabilien 689
Impossibilium nulla obligatio **274**, 418
Improbi intestabilesque 188
Impubes 239
Inaedificatio 729
Inauguratio 44
Incapacitas 97[5], **915**
In causa caduci 1006[18]
Incerta persona 996
Incestuosi 888
Incolae 192
Index Florentinus 128
reginae 140
In diem addictio 295, **470**
Indigenat 31
Indignitas 915[4], 1085
In dubio contra fiscum 199
Infamia 187
facti 189
immediata 187

Infamia iuris 187
mediata 187
Infans 239
Infra classem 56[2]
In fraudem creditorum 229
legis 255[4]
Infortiatum 138
Inhaber 645[5]
Inhaberpapiere 614
In integrum restitutio 242, **388**, (Erbschaftsantritt) 968[2]
In iure cessio **151**, 702, (hereditatis) 1088
Iniuria 633
Iniusta possessio 646
Inkompatibilität 68[3]
Inländer 31
Innominatkontrakte 154, **453**
Inoffiziositätssystem 1083
Inquilinus 540[2]
In rem versio 825
Insinuation **272**, 535
Institor 303
Institutiones 111[2], 125, 131
Instrumentum 549
Insula (Haus) **542**[7], 688
Insula in flumine nata 731
Intentio 160[1]
Intentio in personam, rem 353[12]
Intercessio tacita 501[2]
Interdicta adipiscendae possessionis 663[5]
recuperandae possessionis 662
retinendae possessionis 662
Interdictum de aqua 675
clandestina possessione 671[20]
cloacis 676
fonte 676
fonte reficiendo 676
glande legenda 696
itinere actuque privato 675
liberis exhibendis 614[1], 846, 876
migrando 546
precario 550[1], **672**
rivis 675
Interdictum superficiebus 766
tabulis exhibendis 615
uxore exhibenda 846
vi armata, cottidiana 671[21]
Interdictum demolitorium 692
fraudatorium 634[16]
ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit 690
quam hereditatem 979
quem fundum 744[2]
quod legatorum 663[8], 1040
quod vi aut clam 670[17], **693**
quorum bonorum 663[8], **979**
Salvianum 545, 663, 801, 817
secundarium 669
unde vi 670
uti possidetis 663
utrubi 664
Interesse 397[1], 460
Interpellatio 428
Interpolation 28, 128
Interpolationes Triboniani 128
Interpositio auctoritatis **241**, 903
Inter praesentes, absentes 716
Interpretatio 123, 149
Interpretation 29
Interregnum 71
Interusurium 417
Intervention **501**[2], 600[3]
Interzession **501**, 599
Interzessionsbeschränkungen 250
Intestabiles 189, **1052**
Intestaterbfolge 911, **919**
Intestatkodizille 941
Invecta et illata 545
Inventar (Erbe) 969, (Pacht) 549, (Vormund) 906
Inventarisation 384[1], 972[6]
Invitus agere nemo cogitur 336
Josefinisches Gesetzbuch 39
Ipso iure 365, 474, (Erbschaftserwerb) 956
compensatur 486, **489**
Irnerius 143
Irreguläre Servituten 777[1], 785[13]
Irreguläre Verträge 555[4]

Irrtum 256, (Erbrecht) 992
im Beweggrund **256**, 262[3], (Erbrecht) 992
Iter, actus, via, aquaeductus 774
ad sepulcrum 697
Itio in partes 66
Juden 191
Iudicia 351
Iudicio contrahitur 369
Iudicium Cascellianum 669
duplex 666[14]
fructuarium 669
imperio continens 375[9], **703**[5]
legitimum 375[9], **703**[5]
rescindens 390
rescissorium 390
secutorium 669
Iugerum 55[1]
Julianischer Kalender 314
Jumentenedikt 524[3]
Iura in re aliena 641
novit curia 346[3]
ossibus inhaerent 31
personalissima **496**, 777, 919
possessionis 642
Iurata operarum promissio **172**, 441[4]
Iure suo uti nemo cogitur 336
Iuridici 84
Iuris auctores 113
Iurisdictio contentiosa 24, 69, 342
delegata 69[4]
mandata 69[4]
ordinaria 69[4]
volutaria 24, 69, 342
Iuris ignorantia nocet, facti non nocet 257
Iuris quasi possessio 674
Juristenrecht 17
Juristische Personen 162, **198**
Juristischer Besitz 643
Iuris vinculum 394
Ius 2[3]
abstinendi 917, **956**
accrescendi in servo 171[5]
ad rem 35, **113**[1]
Ius aureorum anulorum 173
auxilii 74
civile 145
coercitionis 70
cogens 25
commune 27
dispositivum 25
distrahendi 811
edicendi 107
exponendi 879
extraordinarium 156
generale 26
gentium 145, 153
honorarium 108, 145, 156
imaginum 52
intercedendi 69
Italicum 78[3]
Latii 178, 878
luitionis 820
novum 156, (Verfahren) 160
offerendae pecuniae 816
offerendi et succedendi 827
Papirianum 94
poenitendi 453
possidendi 646
postliminii 166[1], **741**
protimiseos 529, (Emphyteuse) 768
publicum privatorum pactis mutari non potest 25
referendi 71, 80
relationis 80
respondendi 113
Romanum 145
singulare 27
speciale 26
suffragii et honorum 177
tollendi 729[1]
variandi 401
vendendi 880
vitae ac necis 879
Iusiurandum calumniae 1062
in litem 352, 414
Zenonianum **352**[9], 414, **672**
Iusta causa (Bereicherung) 616, (Besitz) 646, (Übergabe) 707[3]
Iustae nuptiae 836
Iustitium 331[8]

Justizgesetz-Sammlung 39
Iuxta facultates hereditatis 374[8]

## K
(siehe auch C).

Kalendarium 449[14]
Kalender 312
Kalendertag 316
Kaptatorische Zuwendung 288[7], 991, 993[12]
Karneades 340
Kassatorische Klausel 469
Kassiergesetz 119
Kataster 88[4]
Kathedersozialismus 7[11]
Kauf 512
  auf Probe 528
  bricht Miete 542
  in Bausch und Bogen **517**[12], 528[2]
  nach Probe 528
  zur Probe 529
Kauffahrteischiffe 5
Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht 436[6]
Kaufpreis 514
Kausalnexus 262, **411**
Kaution 385
Ketzer **191**, 914
Kinder (eheliche) 873, (uneheliche) 888
Kindesvermögen 881, (freies) 884, (unfreies) 883
Kirche 200
Klageänderung 372
  erhebung 368
  grund 344
Klagenkonkurrenz **336**[1], 505[3]
Kläger 343
Klassische Juristen 118
Klienten 46
Kodifikationen 37
Kodizill 940
Kodizillarform 942, 1061
Kodizillarische Fiktion 942
Kodizillarklausel 280, **942**
Kognitionalverfahren 160
Kollation 984
Kollegatare 1024
Kollektivberechnung 1077[9]
Kollision 336
Kolonien 76
Komitien 54, 81
Kommentatoren 144
Kommissivdelikte 227, 630[10a]
Kommodat 550
Kommorienten **165**, 913
Kompensation 436[6], **485**
Kompetenz 434
Kompromiß 587[3]
Komputation 182
Kondiktionen **355**[14], 617
Kondominate 12[16]
Konfessorische Klage 792
Konföderation 14
Konfusion 473, (Erbgang) 968 (Servituten) 790
Konjekturalkritik 28
Konkubinat 834[2]
Konkubinenkinder 834[2], **888**, 935
Konkurrenz d. Klagen **336**[1], 505[4]
Konsensualkontrakte 154, **454**
Konsolidation **680**, 790
Konstitutionenversammlungen 105
Konstitutive Wirkung 381
Konsumtibilien 223, (Nießbrauch) 778
Kontinuität des Rechts 231
Kontrakte 232, 355, 395, **440**
Kontrahieren mit sich selbst 305[6]
Konvaleszenz **279**, 310, (Eigentumserwerb) 712, (Erbgang) 968[1a], (Erfüllung) 482, (Pfandrecht) 804
Konventionalstrafe 467, (Erbfolge) 940, (Verlöbnis) 835
Konversion **280**, 491[1], (Testament) 943
Konzeptionszeit 873[2]
Konzessionssystem 195[3]
Körperliche Sache 203[2], (Vermächtnis) 1027
Körperschaft 194
Korporationsrechte 195

Korrealobligation 504
Korrealpfandrecht 813
Kredit 798
Kreditauftrag 577[11], **606**
Krediteröffnungsvertrag 606
Kreditierung (Kaufpreis) 522
Kriegskonterbande 738[1]
Kriegsschiffe 5
Kritik 28
Kronenwährung 222[7]
Kulmination 316[4]
Kulpakompensation 412
Kulturstaat 8
Kumulation 503[3], (Delikt) 624
Kündigung (Auftrag) 577, (Gesellschaft) 594, (Miete) 546[15], (Verjährung) 328
Kurulische Ädilen 68, 74
Küstengewässer 4
Küstenschiffahrt 4[5]

L.

Labeo 115
Laesio enormis 515
Landesverrat 44
Landgut 218[4]
Landsassiatus 32
Lapilli iactus 694
Latini 76, 178
  Iuniani 179[10], (Beerbung) 938[17], (Erbfolge) 916
Latio legis 90
Laudatio auctoris 745
Laudationes funebres 100[6]
Laudemium 769
Laudum 587[2]
Lexamentum temporis 907[16]
Lectio 140
  Florentina 140
  Haloandrina 140
  Norica 140
  senatus **64**, 73
  Taurelliana 140
  vulgata 140
Legalinterpretation 29
Legalservituten 688[3]
Legatum 963, 1015
Legatum debiti 1031
  generis 1030
  inutile 1034
  liberationis 1031
  nominis 1031
  optionis 1029
  partitionis 945, 1046
  per damnationem 1018
  per praeceptionem 1018
  per vindicationem 1017
  poenae nomine relictum **288**[7], 993[13], 1016
  sinendi modo 1018
Lege agere 61
Leges agrariae 93[4]
  contractus 71[4], 455
  Corneliae 54
  damnatae 129
  datae 92
  de sponsu 603[4]
  erraticae 129
  Flaviae 98
  fugitivae 129
  geminatae 129
  imperfectae 92
  Liciniae Sextiae 50
  minus quam perfectae 92
  perfectae 92
  plus quam perfectae 92
  restitutae **133**, 137
  rogatae 92
  Romanae 122
  tabellariae 63
  Valeriae Horatiae **49**, 61
Legisactio per condict. 159
  iudicis arbitrive postulationem 159
  manus iniectionem 159
  pignoris capionem 159
  sacramento 159
Legisaktionenverfahren 159, (hered. pet.) 975[5], (rei vindicatio) 751
Legisactionis 149
Legitima 1076
Legitimatio per oblationem curiae 889
  rescriptum principis 889

Legitimatio subsequens matrimonium 889
testamentum 889
Legitimation (unehel. Kinder) 889, (Vertreter) 306
Legitimität 874
Lehre von den 3 Momenten 998
Leibnizſche Methode 418[5]
Leibrente 598[1]
Leihe 550
Leinpfad 688
Leiſtungsort 415
verzug 428
zeit 416
Lenel 109
Le mort saisit le vif 916
Le roi règne, mais il ne gouverne pas 9[14]
Letztwillige Verfügung 233, **939** 988
Lex 90
Acilia 96
Aebutia 97, **159**
Aelia Sentia 172[6], 180[11]
Anastasiana 499
Antoniniana 175, **191**
Apuleia 96, **603**[4]
Aquilia 96, 629
Aternia Tarpeia **48**, 74
Atilia 96, **900**
Atinia 96, **718**
Caecilia Didia 62[13], 91
Canuleia **50**, 839
Cassia 63, 93[4]
Cicereia 96, 603[4]
Cincia 96, **534**
coloniae Genetivae 98
commissoria (Kauf) 290, 429, 469, (Pfand) 800, **806**, 820
contractus 73[4], 455
Cornelia de falsis 995
iniuriis 633
sponsu 96, 603[4]
curiata de imperio 59
Dei 121
de imperio Vespasiani 98
duodecim tabularum 49, 94
Falcidia 961, 1043
Lex frater a fratre 437
Furia Caninia 172[6]
de sponsu 96, 603[4]
Gabinia 63, 408
Gallus 129, 997[6]
Genucia 408
Hostilia 166[1]
Hortensia 61, 315
interpellat pro homine 428
Iulia caducaria 97[1], **915**
Iulia de adulteriis 157, **855**, 868
collegiis 195[3]
fundo dotali 219, 835[5]
repetundis 685[10], 718
vicesima hereditatum 82[1], 1065
et Papia Poppaea 82[1], 97, 834[3], 839, 936, 1006[18]
et Plautia 718
et Titia 900
municipalis 77
vicesimaria 82[1], **1065**
Iunia Norbana 172[6], 178[10]
Velleia 998
Latinus Largus 832
Lecta 129, 428[3], 443[8]
Mamilia 698
metalli Vipascensis 98
Minicia 836
Ogulnia 51.
Ovinia 51, 64
Papiria 63
Petronia 169[3]
Pinaria 97
Plaetoria 242
Poetelia 97
posterior derogat priori 32, 92
Publilia 60, 603[4]
Philonis 96
Voleronis 60
Quinctia de aquaeductibus 60[9]
Quisquis 87
regia 79
Rhodia de iactu 571
Romana Burgundionum 123
Wisigothorum 123

Lex Rubria de Gallia Cisalpina 97
Salpensana et Malacitana 98
Scribonia 715, **788**
Sempronia (Zinsmaß) 408
Valeria de provocatione 47
Vectibulici 171[5]
Villa annalis 68
Voconia 96, 185, **996**
Liberalis causa 167[2]
Liberatio legata 1031
Liberi naturales 888
Liber patrimonii 449[14]
Liber quinquaginta decisionum 126
Libertus orcinus 170
Liberum officium iudicis 356[14]
Libri 111[4]
feudorum 37
singulares 130
terribiles 130
Linea recta, transversa 182
Linealfolge 930[10]
Linealgradualfolge 930[10]
Linum 99[6]
Liquidität 488.
Litiscontestatio 368
Litisdenunziation 520[2]
Litispendenz (Einrede) 371, (Verjährung) 325
Litteralkontrakt 449
Litterarum obligatio 152
Locare 539[2]
Locatio conductio 539
operarum 561
operis 565
rei 539
Locus regit actum 269
Locus religiosus 697
Longa manu traditio 652
Longi temporis praescriptio 323, **714**
Lotterievertrag 598[1]
Luceres 43, 46
Lucida intervalla 246, (Testament) 1053
Lucrum cessans 410
Lustrum 57
Lytae 135

## M.

Macchiavelli 8
Magister navis 304
Magistratus 67
curules 67
maiores 67
minores 67
Mahnung 428
Mäklervertrag 571
Malae fidei possessor 646, (Eigentumsanspruch) 749, (Erbschaftsanspruch) 977
Mala fides superveniens 646 nocet 721, 737[16]
Malitia supplet aetatem 389
Malitiis non est indulgendum 336
Manceps 73[4], 715[6]
Manchestertheorie 7
Mancipatio 146, 702
nummo uno 150
(Testament) 1054
Mancipium 173
Mandata 102
Mandatum 572
ad agendum 493
aliena, mea, tua gratia 574
qualificatum 577[11], **606**
Mängel (Kauf) 522, (Miete) 543, (Schenkung) 536, (Werkvertrag) 565
Manifestationseid 970
Manius Manilius 112
Manumissio 170
Manus 844
Manusehe 841
Manus mortua 196[6]
Manzipation 146, 702
Manzipationstestament 1054
Marcianus 119
Marius 53
Martinus 143
Mater familias 836, 841

Materielles Noterbrecht 1070
Materien **23**
Mater semper certa est 873
Matrimonium iuris gentium 836
Matrona 836
Mehrheitstheorie 506[4]
Melior est causa possidentis 337, **643**
Membrana 99[6]
Mensis intercalaris 313
Mentalreservation 253
Mercedonius 313
Merces 541
Merx 512
Methodologie 1[1]
Metus 264
M. E. Z. 316[4]
Miete 539
Militärgrenze 175
teſtament 954, 1059
Milmo 65[2], 315[3]
Minderungsklage 525
Minima non curat praetor 388
Minuta 284
Missio Antoniniana 387, **1042**
damni infecti 387
ex edicto Hadriani 966
ex primo, secundo decreto 690
in possessionem **387**, 967
legatorum servandorum causa 387, 1042
rei servandae causa 387
ventris nomine 163, 387, 967
Mitbürgen 607
Miteigentum 760
Miterben 912, 980
Mitvormünder 901, 903
Mittelbare Stellvertretung **299**, 463[1]
Mobiliargemeinſchaft 848[4]
Mobilien 218
Modestinus 119
Modus 285, (letztw. Zuwendung) 951, (Schenkung) 537
adquirendi 228[1], 703[3]
Modus qualificatus, simplex 951[14]
Mohatra 556
Monarchie 8
Monat 313
Mondjahr 313
Monroedoktrin 5[7]
Montesquieu 10
Moral 2
Morbus sonticus 245
Morganatiſche Ehe 834[2]
Morte Cincia removetur 534
Mortis causa capio 948
donatio 538, **948**
Motiv 234[3], (irriges) **262**[3], 992
Mucius Scaevola 112
Mulier inops et indotata 934
taceat in ecclesia 249
Multa 48[5]
Municipes 77
Munus publicum 67
Münzweſen, öſterreichiſches 222[7]
römiſches 55[1]
Mutuum 554
Mutuus dissensus 472

## N.

Nachbürgſchaft 602
Nacherbſchaft 947[9], **1008**[21]
Nachlaß 911
Nachlaßgericht 959[6]
inventar 969
ſchulden 968
verwaltung 965[11]
Nachvermächtnis 1023
Nasciturus pro iam nato habetur **163**, 915, 997
Nation 3
Nationalitätsprinzip 3
Naturalia negotii 236
Naturalis computatio 242, 318
possessio 647
Naturalkomputation 317
Naturalobligationen 393, **436**
Naturalreſtitution 412
Natur der Sache 20
Naturrecht 20

Nauta **587**, 637
Navigationsakte 5[5]
Nebenbestimmungen 284
Nebensache 208
Necessarii heredes 917, 956
Negativa non sunt probanda 360[4]
Negative Funktion der exceptio rei iud. 376
der Litiskontestation 371
Negative Litiskontestation 358
Negative Potestativbedingung **289**, 991
Negative Servituten 771[4]
Negatives Vertragsinteresse 274, 457[21]
Negativ unmögliche Bedingungen 286
Negotia inter vivos, mortis causa 233
Negotia per aes et libram 146
Negotiorum gestio 577
Negotium 231
claudicans **240**, 461
nullum, rescissibile 277
purum 284
utiliter coeptum 581
Nemo cum duobus testamentis decedere potest 954
Nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet 229
Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest 918, **953**, 1000
Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest 653
Neratius Priscus 116
Nerva 165
Neubau 691
Nexi liberatio 472
Nexum **147**, 554[2]
Nexus 174
NL (non liquet) 63
Nichtigkeit 278, (Ehe) 837, (Testament) 1062
Nießbrauch 778, (Vermächtnis) 1032
Nizäisches Konzil 85[1]
NN (Numerius Negidius) 160[1]
Nomen 391[2]
arcarium 450[15]
bonum, verum esse 498
transscripticium 450
Nomina ipso iure sunt divisa 510, 981
Nominatio auctoris 745
Nominatores 906
Non usus 791
Nota censoria **73**[3], 187, 867
Notae 111[2]
Noterbrecht (formelles), 1071, (materielles) 1074
Notstand 339
Notstandsverordnung 16
Notweg 697[13]
wehr 339
Nova clausula Iuliani 110, **925**[4]
Novation 474, (Prozeßbeginn) 368
Novatio necessaria **370**, 475[7]
tacita 476
voluntaria 475[7]
Novellae 133
Theodosianae 106
Noxa 637
Noxa caput sequitur 169, 638
Noxae deditio 637, (Hauskinder) 830
Noxalklage 354, **637**
Nuda promissio 386, 691
proprietas 680[2], 780
Nudum ius Quiritium 311, 680
Nudum praeceptum 951[14]
Nulli res sua servit 772
Nullitätssystem 1082
Numaisches Jahr 313
Numeratio 471[1]
Nuncupatio 150, 1054
Nundinae 62, 315
Nupturienten 837
Nutzungen 212[13], 748

## O.

Obligatio 393
Obligationen 34, **393**
Obligationes ex contractu 395

Obligationes ex delicto 623
naturales 436
Obnuntiatio 64[15]
Observanz 18
Occasio legis 29
Occupatio 737
Octavian 54
Octavus testis subscriptor 245, 1058
Öffentlicher Fluß **217**[3], 688
Glaube 678[8]
Öffentliche Straße **213**[3], 687
Wege **217**[3], 687
Offerte 282, 464[3]
Oktroyierte Verfassung 9[14]
Olim, hodie, semper possessor 722[17]
Omissivdelikte 227
Omnia iudicia esse absolutoria 374[7]
Omnis causa 356[14], **374**, 747
Omnis condemnatio pecuniaria est 376, **432**
Onera matrimonii 847
Onus probandi 359
incumbit ei qui dicit, non qui negat 360
Ope exceptionis **365**, 474
Operae 777
Operae fabriles, officiales 172
illiberales 562
liberales 562
servorum 785
Opinio iuris s. necessitatis 17
dominii 643
Optimates 52
Optio angusta, plena 249
legata 1030
Oralfideikommiß 1017, **1062**
Oratio 100
Severi 106, 219, **906**
Severi et Antonini 279, **538**
Orbi 97[5]
Orderpapier 614
Ordnungen (Erbfolge) 930[10]
Ordo equester 53
senatorius 52
Originärer Eigentumserwerb 704
Originärer Rechtserwerb 228
Ornamenta 525[5]
Osculo interveniente 835

## P.

P. (Papiniansmasse) 127
Pacht 539, **547**
Pacta adiecta, legitima, nuda, praetoria, vestita 455
Pacticia tutela 902
Pactiones et stipulationes 787
Pactum acquisitivum, affirmativum, negativum, renuntiativum, successorium 1068
de contrahendo 284
de hereditate tertii 1093
de ingrediendo 817[10]
de mutuo dando 554
de non distrahendo 819
de non petendo 472, **491**
de non praestanda evictione 522
displicentiae 290, 469
donationis 455
dotis 455
in favorem tertii 463
legitimum 455, 535
ne dolus praestetur 423
reservati dominii 518[13]
Pagani 191
Palingenesia 128
Pandectae 126
Panem et circenses 74
Papianus 118
Papiergeld 222[7]
Papinianistae 134
Papiniansmasse 127
Papinianus 118
Papirius 94
Iustus 105
Parapherna 846, **864**
Parallelwährung 222
Παρεκβάσεις 8
Parens binubus 871
Parentelenordnung 930[10]
Pariser Seerechtsdeklaration 738[1]

Paritionsfristen 383[8]
Partei 503
Partes digestorum 130
Partes pro diviso, pro indiviso **224**, 761
Partikulärer Erbvertrag 1068
Partikuläres Recht 27
Partitio legata 945
Partitionslegat 945
Partus ancillae **213**, 736, 780
Pasquille 189[4]
Passivlegitimation 358
Pater est, quem nuptiae demonstrant 873
Pater familias 180, 877
Patientia 787
Patres conscripti 64
Patria potestas 180, 877
Patrizier 45
Patrimonialgerichtsbarkeit 342[1]
Patronatus 172
Patronus 172, (Erbrecht) 937
Paulus 118
Pauperies 638
Peculatus 625
Peculium 303, **881**
adventicium 883
castrense 181, **883**, 884
paganum 883[5]
profecticium 251, **884**, (Vererbung) 937
quasi castrense 181, **883**
Pecunia 57[5], 220
traiecticia 560
Pedanei 64[1]
Perduellio 44
Peregrini **76**, **179**
dediticii 76, 179
Pegasiani 115
Pegasus 115
Periculum acoris et mucoris 528[1]
creditoris 399
emptoris 399[4], 462[2], **516**
locatoris 399[4], 462[2], **544**
Permutatio 454
dotis 854
Perpetuatio fori 372
Perpetuatio obligationis 429
Personae exceptae 535
Persona 162[1]
incerta 996
turpis 189, 1075
Personalitätsprinzip 31
Personalkredit 798
Personalservituten 777, (irreguläre) 785[18]
Personalunion 13
Personen (juristische) 193, (natürliche) 162
Persönliche Dienstbarkeiten 777
Klagen 353
Persönliches Recht 34
Persönlichkeitsrecht 35
Pertinenz 209
Perzeption 737
Petitorium absorbet possessorium 661[4]
Petri exceptiones 142
Pfandprivilegien 824
Pfandrecht 795
gesetzliches 807, (Vermieter) 545, (Verpächter) 548
richterliches 806
Pfandseparatisten 825[5]
Pflichtteilsrecht 1074
Plae causae 200, (Vermächtnis) 1041
Pignoris capio 393[2]
causa est indivisa 812
Pignus 800
conventionale 802
Gordianum **435**, 830
in causa iudicati captum 806
in re sua 832
insulae 807
irregulare 810
legale 807
necessarium 802
nominis 810
pignoris 811
praetorium 800, **806**
publicum 824
tacitum 807[9]
testamentarium 802

Pignus voluntarium 802
Pileati 171
Pisana 137
Plebejer 46
Plebeiscita 59, **90**
Plebiscit 61[10]
Plena pubertas 239[1], (Adoption) 890
Plus confert, quam aufert 985[3]
Plus petitio 370[2]
Plutarchus 110[1]
Poenae secundarum nuptiarum 871
Polizei 7[9]
Polizeiliche Strafverfügungen 70[6]
Polizeistaat 7
Polizeiverfügungen 70[5], 688
Polizeiverordnung 70[5]
Pollicitatio 282, **439**, 852
Poiybius 110[1]
Pomponius 117
Pönalklagen 354
Pontifex maximus 47
Pontifices 45
Populiscita 59.
Portio accrescit cum suo onere 1006
portioni accrescit 1005
Positives Recht 20
Positus in condicione non est positus in dispositione 1000
Possessores 88
Possessio 642, (Ersitzung) 717
civilis 647
naturalis 647
plurium in solidum 649
Possessorische Interdikte 662
Possessorium ordinarium 669[16]
summariissimum 669[16]
Postglossatoren 144
Postliminium 166[1], **741**
Posterior creditor 826
Postpapiniansmasse 127
Postulatores 906
Postumi Aquiliani 998
legitimi 997
sui 997
Postumi Veleiani 998
(Erbeinsetzung) 997
Potestas 68, (patria) 180, **877**
Potestativbedingungen 289, (negative) 289, 991
Potioris nominatio 902
Pp. (Postpapiniansmasse) 127
Praedes litis et vindiciarum 752
Prädialservituten 772
Praedia rustica 218
suburbana 218
urbana 218
vicina esse debent 773
Praefecturae 89
Praefectus annonae 84
praetorio 84
urbi 44, 84
vigilum 84
Prälegat 943, **1020**
Praemium emancipationis 887
Praescriptio (Gesetz) 91, (Klagformel) 453, (Verjährung) 323
dormiens 329
immemorialis 323
longi temporis 323, **714**
Praestare 397
Praesumptio iuris 360, (Abstammung) 874, (Eigentumsfreiheit) 679, (Erfüllung) 483[6], (Grundbuch) 678[1], (guter Glaube) 720, (Novation) 475, (Zubehör) 210[10]
iuris et de iure 361
Muciana 361, 847
Praeter legem 18
Praetextati 65
Praetor ius dicere potest, facere non potest **107**, 160, 347
peregrinus 72
tutelaris 900
urbanus 72
Praetoriae stipulationes 385
Praevaricatio 187
Prävention 337
Preis 226, (Kauf) 512

Precarium 550[1]
Prekarist (Haftung) 424, **550**[1], (Besitz) 643
Pretium 226, (Kauf) 512
certum, iustum, verum 514
Princeps legibus solutus est 80[2]
Prinzipat 78
Prioritätszession 829[3]
Prior tempore, potior iure **337**, 823
Priorität 823
Privatdelikte 625
Privatflüsse 217[3]
Privation 768
Privative Interzession 501
Privattestament 1056
Privilegia causae, personae, rei **26**, 498
exigendi 498
Privilegien 26, (Fiskus) 199, (Frauen) 185, **247**
Privilegierte Einreden 382[7]
Pfandrechte 824
Testamentsformen 1058
Privilegium 26
Privilegium favorabile, odiosum 26
Probatio diabolica **705**, 744
Procopius 111[1], 124
Procurator 573
Procurator in rem suam 493
Πρόχειρος νόμος 141
Pro herede gestio 958
Pro herede possessio 974
Prokop 111[1], 124
Prokulianer 114
Prokulus 115
Prokuratoren 655[20]
Proletarii 56
Prolytae 135
Promulgatio 91
Pronuntiatio 351
Pro petitione Vigilii 142
Pro possessore (Besitz) 646[8], (Erbschaftsbesitz) 975, (Ersitzung) 720
Proprietas 677
Propter nuptias donatio **864**
Prorogatio imperii 77
Protektorat 12[16]
Protest 384[1]
Protestatio 267
facto contraria 267
Protokoll 66[4]
Protutor 908
Provinzen 77, 85
Provocatio ex lege Diffamari, Si contendat 344[2]
Prozeß 343
fähigkeit 238
novation 368
vertretung 372[5]
vorausſetzung 357
zinſen **375**, 407
Publica fides (Grundbuch) 678[1]
Publicani 73[4], 547, **591**[6]
Publicatio 91
Publiciana 755
confessoria 793
negatoria 755
Publikationspatente 125
Publizität (Grundbuch) 678[1], (Pfandrecht) 796[1]
Punktation 284
Pupillarſubſtitution 1008
Pupillus 239
Putativehe 875[5]
Putativtitel 720

## Q.

Quadrans 55[1]
Quadrupes 638
Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua 334
Quae non sunt, simulo, quae sunt, ea dissimulantur 254
Quaestio Domitiana 116[4], 1057[3]
Quaestio facti, iuris 28
Quaestores parricidii 44
Quaestor candidatus principis 100
Qualifizierte Testamentsform 1058
Quantum possessum, tantum praescriptum 789

Quarta divi Pii 891, 935
Falcidia 947, 1042
Trebellianica 948, 1044, 1049
Quart der armen Witwe 934
Quasicaducum 1006[18]
Quaſidelikte 396, **635**
Quaſidelikts klagen 354
Quaſikontrakte 395
Quaſipupillarſubſtitution 1008
Quasitraditio 787
Quasi ususfructus 779
Quäſtoren 75
Quattuor doctores 143
Quem volam, voluero 402[8]
Querela inofficiosae donationis et dotis 1080
inofficiosi testamenti 1075, 1079
non numeratae dotis 854[9]
non numeratae pecuniae 445[10]
nullitatis 1073, **1083**
Qui delegat, solvit 478[10], **613**[1]
Qui dolo desiit possidere 745
Quidquid est in territorio, etiam est de territorio 31
Quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia 144
Qui excipit, non fatetur 360
Qui liti se obtulit 746
Quincunx 55[1]
Quinquagesima 769
Quinque pedes 718
Quintilianus 111[1]
Quirites 43
Qui suo iure utitur, nemini facit iniuriam **335**, 687
Qui tacet, consentire videtur 268[1]
Quittung 446[10], **484**
Quoad sortem, usum 592
Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere 279
Quod sine die debetur, statim debetur 416
Quot generationes, tot gradus 182

R.

Ramnes 43
Rapina 628
Raſſe 34
Rat 574, (letztw. Zuw.) 951[14]
Ratenvermächtnis 1033
Ratihabitio 280[4], **308**, 580
Ratihabitio mandato comparatur **309**, 580
Ratio legis 29
Raub 628
Rauduſculum 146
Raum 312
Realexekution 34, **376**
injurie 633[14],
kaution 386
kontrakte 154, **451**
kredit 798
oblation 431
union 14[17]
Reassumtio litis 372
Rebus sic stantibus 474[5]
Receptum arbitrii 586
argentarii 476[6], 586, **604**[5]
cauponum, nautarum, stabulariorum 587
Rechnungslegung 385[1], (Vorm.) 909
Recht 1
Rechtsanalogie **30**, 136
ausübung 335
beſitz 674
erwerb 228
fähigkeit 162
geſamtheit 207
geſchäfte 231
geſchichte 36
hängigkeit 368
hemmende Tatſachen 359
inſtitut 33
irrtum **258**, 619[5]
kraft 376
nachfolger 229
norm 14
philoſophie 20
politik 26
quelle 15

Rechtsschulen 114
schutz 343
schußanspruch 7
staat 7
studium (österreichisches) 40[4]
(römisches) 134
subjekt 162
system 33
urheber 228
verhältnis 33
verlust 230
vernichtende Tatsachen 359
vermutung siehe Praesumtio
weg 338[2]
Recht zur Sache 34, **640**[1]
Re et verbis coniunctio 1003, (Vermächtnis) 1024
Redemptor 540[3]
Regenwasser 695
Regierung 10
Regressus per gradum, per saltum 498
Regula Catoniana 279, (Erbrecht) 1027
Regulae 111[2]
Rei vindicatio 743, (Formel) 351[10], utilis 746
Rektapapiere 614
Rekuperatorische Interdikte 662, **670**
Relative Rechte 35
Relegatio 176[9]
Religion 190
Relocatio tacita 547
Remedium ex lege ultima 966
Remissio mercedis 548
Remotio tutoris 908
Remuneratorische Schenkung 538
Rentenvermächtnis 1033
Renuntiatio 229
Replik 361
Repräsentationsrecht 920, **928**[7]
Repräsentationstheorie 306[6]
Repräsentative Fiktion 965
Repräsentativverfassung 9[14]
Repudiatio 229, (Erbschaft) 958
Repudium 867
Res accessoria sequitur rem principalem 732
corporales 202
derelictae 740
dividuae 223
divini iuris 202, **216**
extra commercium 215
fungibiles 219[5]
furtivae 218, (Ersitzung) 718, (Kauf) 513
immobiles 218
incorporales 202
litigiosae 218, **375**
mancipi 57[5], **203**, (Eigentumserwerb 681
mobiles 218
nullius 215[1], (Aneignung) 737
publicae 216
quae pondere, numero, mensura valent 220
religiosae 216
sacrae 216
sanctae 202
Reszissionsklage 264[4]
Rescripta 103
Reservatio mentalis 253
Reservation 267
Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus 717
Res iudicata pro veritate accipitur 376
Res iudicata ius facit inter partes 376
Res nullius cedit occupanti 737
Resoluto iure dantis resolvitur ius concessum **229**, 684[6]
Resolutivbedingung 290, **294**, (Test.) 990
Responsa 111[2], 113
prudentium 110
Responsio Celsina 116[4]
Restitutio in integrum 388
Restriktive Interpretation 29
Res succedit in locum pretii 208
Res transit cum suo onere 1027

Retentiones ex dote 862, 870
Retentionsrecht 435, (Dos) 862, 870, (hereditatis pet.) 978[6], (rei vind.) 750
Retrotraktion der Bedingung 293
Retrotraktive Fiktion 965
Reugeld 466
Reus 343, **393**[3]
Richterliches Pfandrecht 806
Rom 41
Romulisches Jahr 313
Rostra 49[6]
Rubricae 107
Rückbürgschaft 602
Rückkauf 529
Rücktritt 469
Rückwirkende Kraft der Gesetze 32
Rückziehung 230, (Beding.) 293
Ruhendes Eigentum 683
Ruta caesa 210[10]

S.

S = Sabinusmasse 127
Sabinianer 114
Sabinus 115
Sachen 202
Sachgesamtheit 205
Sacramenta puberum 389[8]
Sacrilegium 625
Salarium 562
Saldo 485
Sallustius 110[1]
Salmann 953[16]
Salvius Iulianus 109, 116
Sanctio legis 15, 92
Sanctio pragmatica 104
Satio 730
Satisdatio 386
Satisfactio 471[1]
Satura 91[1]
SC. = Senatus consultum 100
SC. Claudianum **101**, 167[1], 230[3]
de Bacchanalibus 101
Hosidianum 101
Iuventianum 101, 715[6], 936, **965**[6]
Libonianum 101, **995**, 1057[10]
SC. Macedonianum 101, 181, 275, 382[7], **558**
Neronianum 101, **1019**
Orfitianum 101, **926**
Pegasianum 101, **947**
Plancianum 874
Silanianum 170, **1066**
Tertullianum 101, 846, **926**
Trebellianum 101, **946**
Velleianum 101, **250**, 382[7]
Volusianum 101
Scaevola 112
Schaden 410, (Eigentumsanspr.) 749, (Erbschaftsanspr.) 978
Schadensersatz 410
Schadlosbürgschaft 601
Schalttag 315[2]
Schatz 741
Schätzungseid 352, **414**, 672[22]
Scheidung von Tisch und Bett 871[6]
Scheingeschäft 253, **270**
Scheinkoemtion 841[14]
Schenkung 532, (Auflage) 538, (remuneratorische) 538, (unter Ehegatten) 538, (von Todes wegen) 538, **948**
Schiedsrichter 586
Schikane **335**, 627
Schiedsvertrag 586[2]
Schmerzensgeld 413[14], 496[5]
Schuldanerkenntnis 446[11], **611**
befreiungsvermächtnis 1031
übernahme 501
verhältnisse 392
vermächtnis 1031
verschreibung auf den Inhaber 613
versprechen 446[11], **611**
vertrag 439
Schutzherrschaft 12[16]
Schwägerschaft 838
Schwebendes Eigentum 683
Scrinium 87
Secessio plebis 47, 51
Sectio bonorum 703
Secures 71[6]
Seedarlehn 560
Seetestament 1059[13]

Selbständige Einreden 367, (Verjährung) 333
Selbsthilfe 340
Selbstschuldnerische Bürgschaft 601
Selbstverteidigung 339
Selbstverwaltung 67[1], 77[2]
Selfgovernment 77[2]
Sella curulis 67
Semel heres, semper heres 946, **1008**[21]
Semis 55[1]
Semper moram fur facere videtur 428
Senatus 46, 64, 81
Senatus auctoritas 66
Senatus consultum siehe SC.
Senectus 245[4]
Separata oeconomia 887[7]
Separation 736
Separatio quoad thorum et mensam 869[5]
Septunx 55[1]
Sequestratio 387, **585**
Servitus 166, **770**
  altius non tollendi 775
  cloacae 775
  fluminis 775
  fumi immittendi 774
  fundo utilis esse debet 773
  in faciendo consistere nequit 771
  latrinae 775
  luminum 775
  ne luminibus, prospectui officiatur 775
  oneris ferendi **774**, 793[2]
  proiciendi 775
  protegendi 775
  servitutis esse non potest 772
  stillicidii immittendi 775
  tigni immittendi 774
Servitutes affirmative 771[3]
  apparentes 771[4]
  continuae 771[4]
  discontinuae 771[4]
  iure constitutae 786
  negativae 771[4]
  praediorum 773
Servitutes quae tuitione praetoris consistunt 787
  rusticorum 773
  simplices 771[4]
Servitutibus civiliter utendum est 772
Servitutis causa perpetua esse debet 773
Servius 113
Sestertius 55[1]
Sex suffragia 51, **56**
Sextans 55[1]
Sicherheitsleistung 385[1]
Simplaria venditio 526[5]
Simulation 253
Singularsukzession 230
Si paret 160[1]
Si quis omissa causa **960**, 1036
Sitte 3
Sklavenedikt 524[3]
Sklaverei 166
Sobrini 183, 535
Societas 589
  leonina 589
  negotiationis 590
  omnium bonorum 589
  publicanorum 73[4], **591**[6]
Socinus 1078
Socius liberalitatis imperialis 936
Soldatentestament 1059
Solennitätszeugen 270
Solidarobligation 505[3]
Solidus 55[1]
Solum italicum, provinciale 78[3]
Solutio 471
Solutio per aes et libram 147
Solutionis causa adiectus 482
Sondervermögen 207
Sonntag **315**, 320[3]
Souveränität 5
Sozialdemokratie 8[11]
Spatium deliberandi 959
Species **219**, 397
Species perit ei, cui debetur 399
Spectabiles 87
Spezialität 796[1]
Spezialpfandrecht 807

Spezialsukzession **230**, 918[7]
vollmacht 307
Spiel 598
Spielschulden sind Ehrenschulden 600[5]
Spoliatus ante omnia restituendus 673[28]
Sponsalia 834
Sponsio 152, **442** (Bürgschaft) 602
et restipulatio 668
praeiudicialis 753
SPQR 43, 65
Sprungregreß 498
Spurii 888
Staat 3
Staatenbund 14
Staatenverbindungen 10
Staatsämter 66
angehörige 31
beamte 77[2]
formen 8
gebiet 4
gewalt 5
recht 23
servituten 12[16]
sozialismus 8[11]
theorien 6
verfassung 8
Stabularii **587**, 637
Stadtgemeinden 77, 199
Staffelregreß 498
Stämme 3[4]
Stände 45, 49, **165**
Ständekampf 50
Standesunterschied **166**, 839
Ständische Verfassung 9[14]
Stationes fisci 198
Stabuliber 170
Status 165
civitatis 175
familiae 180
libertatis 166
Statusprozesse **167**[2], 380
Statut 197
Statutenkollusion **31**[34], 193[9]
Stellvertretung 299, (Besitz) 654, (Eigentumserwerb) 708, (Testament) 940
Stiftungen **200**, 1059[15]
Stillschweigen 268
Stipulatio 154, **441**
Stipulatio Aquiliana 113, **448**[12]
duplae 522
Stipulationes cautionales 385
communes 386
conventionales 385
iudiciales 385
necessariae 385
partis et pro parte 945
post mortem 444[9]
praetoriae 385
Stockwerkseigentum 224
Straße, öffentliche 217[3], 687
Stricti iuris actiones 351
contractus 233
Stumme 245, (Test.) 1057[13]
Sub corona vendere 167[1], 703
Sub hasta 73[4], 703
Subhastation 819[14]
Subjektlose Rechte 194[1]
Sublocatio 542
Subscriptio 72, **99**[6], 1055[7]
Subsidiär gemeines Recht 27
Substanz 212
Substanzialprinzip 214
Substitutio 1008
duplex 1013
pupillaris 1011
reciproca 1010
tacita 1013
vulgaris 1008
Substitution, fideikommissarische 1008[21]
Substitution geht vor Akkreszenz 1010
Substitutus substituto est substitutus instituto 1010[22]
Successio ex pacto et providentia maiorum 1023[6]
graduum 921, 924, **932**
in querelam 1076
in usucapionem 724
ordinum 921, 924, **932**
Successor 228
Suetonius 110[1]
Sui 181

Sui heredes 148, **920**, (Erbschaftserwerb) 915, 955
iuris 148, **180**
Sukzession 230, (Erbfolge) 911, 932
hypothekarische 828
Sukzessives Universalfideikommiß 1047
Vermächtnis 1023
Sulla 54
Summa Perusina 142
Summissio foetuum **683**[7], 781[8]
Summission 781[8]
Summum ius, summa iniuria 21
Superficies 674, **764**
solo cedit 729
Superscriptio 99[6], **1058**
Suppletorisches Recht 25
Suspensivbedingung 290
Suzeränität 11[16]
Symbol 270
Symbolum Nicaeanum 85[1]
Synallagmatische Verträge 355, **460**
Syrisch-römisches Rechtsbuch 122

## T.

Tabellae 63
Tabula Bantina 97
Heracleensis 77, 97
Tabulae Caeritum 59[8], 73, **178**
ceratae 98[6]
honestae missionis 98
testamenti 1054
Tacita intercessio 501[2], 600[2]
novatio 476
Tacitus 110[1]
Tag 316
Tantundem eiusdem generis **452**, 555
Taube (cura) 245, (Testam.) 1057
Tauben 746
Taubstumme 245, 1053
Tausch 453, **530**
Tauschwert 225
Teilbare Leistung **402**, 507
Teilbarkeit 223, (Grunddienstbarkeiten) 772, (persönliche Dienstbarkeiten) 777, (Pfandrecht) 812
Teilpacht 547
Teilungsklagen 353, **597**
Tempus (Ersitz.) 723
continuum 319
iudicati 383[7]
utile 319
utile ratione initii, continuum ratione cursus 320[6]
Terentilius Arsa 48
Termin 296, **312**
Territorialitätsprinzip 31
Tertio quoque die 696
Testament 940, **988**, (gemeinschaftliches 1067
Testamenti factio 1052[8]
activa 1052
passiva 995
Testamentseröffnung 1065
Testamentsformen 1054
Testamentsvollstrecker 953[16]
Testamentszeugen 1056
Testamentum allographum 1057
ad pias causas 1059[15]
apud acta conditum 1056
calatis comitiis 59, 148, **1054**
correspectivum 1067[17]
Dasumii 99[6]
desertum 1063
destitutum 1063
holographum 1057
in procinctu 148, 1054
irritum 1063
iudici oblatum 1056[8]
militis 1059
mutuum 1090[27]
mysticum 999
nullum 1062
nuncupativum 1057
parentum inter liberos 1059
per aes et libram 151[4]
posterius imperfectum 1064
principi oblatum 1056
privatum 1056
reciprocum 1067[27]

Testamentum ruptum 1063
ruri conditum 1059
simultaneum 1067[27]
tempore pestis conditum 1059
Testatio 428[3]
Testes 270
idonei, rogati, voluntarii 270, 1056
Testierbefugnis 1052
Testierfähigkeit 1053
Testierfreiheit **939**, 988
Textkritik 28
Thesaurus 742
Tiberius Coruncanius 111
Tiere (Aneignung) 739, (Schaden) 638
Tignum iunctum 626, 723[18], **729**
Tities 43
Tituli ex corpore Ulpiani 121
Titulus adquirendi 228[1], **700**[3], (Ersitzung) 719
possessionis 646
Tod (Auftrag) 576, (Besitz) 657, (Erbrecht) 911, **912**, 919, (Gesellschaft) 595, (Klagenverlust) 374[8], (Miete) 546, (persönl. Dienstbark.) 790, (Rechtsverlust) 230, (väterliche Gewalt) 885
Todeserklärung 165[5]
Toga praetexta **65**, 239
Tote Hand 196[6], 685[10]
Totiens praescribitur 328[5]
Traditio 651, **705**
Tragung der Gefahr **399**, 462[3], (Dienstvertrag) 564, (Kauf) 516, (Miete) 544, (Wahlschuld) 401, (Werkvertrag) 568
Traktat 283
Trancactio 609
Transitio ad plebem 51, **892**
Translatio legati 1035
Transmissio ex capite infantiae 962
ex capite in integrum restitutionis 962
ex capite suitatis 963
ex iure patrio 964
Transmissio Iustinianea **963**
Theodosiana 963
Transmission geht vor Substitution **962**, 1010
Transmissionsfälle 917, **962**
Transscriptio 450
Trauerjahr 840, 872
Trebatius Testa 113
Trennung der Gewalten 10
der freien Ehe 868
der manus-Ehe 867
Tres faciunt collegium 195
libri 138
Treuhänder 953[16]
Trias politica 10
Tribonianus 124
Tribu movere 58[5], **73**, 177
Tribuni aerarii 58
militum 50
plebis 73
Tribunus celerum 44
Tribus 43
rusticae, urbanae 58
Tributus 59
Tridentiner Konzil 843[15]
Triens 55[1]
Trinoctium 842
Trinundinum 62, 68
Tripertita 150
Tripondium 1003
Triptychen 98[6]
Triumvirat 54
Trödelvertrag **570**, 454
Turbatio sanguinis 840
Turpis persona **189**, 838, (Pflichtteil) 1074
Turpitudo 189
Tutela 896
dativa 898, **900**
fiduciaria 899
impuberum 240, **897**
indivisa 903
legitima 247, **899**
pacticia 902
testamentaria 898
Tutor 240, **897**
alterius generis 249
Atilianus 900

Tutor dativus 898
falsus 908
fiduciarius 249, **899**
gerens 905
honorarius 905
legitimus 898
notitiae causa datus 905[14]
optivus 249
praetorius 900
testamentarius 249, **898**

## U.

Überbau 697
Übereignung 708
Überfallsrecht 696
Übergabe (Besitz), 651, (Eigentum) 709, (Kauf) 518
Überhangsrecht 696
Überlegungsfrist 959
Übertragung 705
Ubi rem meam invenio, ibi vindico 711[9]
Uferrecht 730
Ulpian 118
Ulpiani fragmenta 121
Ultra alterum tantum 409
Ultra posse nemo obligatur 418
Ultrotributa 73[4]
Umbilicus 130
Umschaffung 474
Umwandlung (Konversion) 280, (Novation) 447, 474
Unbenannte Realkontrakte 453
Uncia 55[1]
Uneheliche Kinder 888, 935
Unerlaubte Handlungen 623
Rechtsgeschäfte 275
Unersitzbarkeit 717
Ungerechtfertigte Bereicherung 616
Ungültigkeit (Rechtsgeschäfte) 277, (Ehe) 837[7]
Union 13
Unitas actus 1057
Universalfideikommiß 946, **1046**
legat 945
sukzession 230, (Erbrecht) 918
Universalvermächtnis 945, **1046**
Universitas **194**, 593
facti 205
inordinata 197
iuris 207
ordinata 197
rerum 204
Universitätsstudium 41[4]
Unkörperliche Sachen 202
Unmittelbare Staatsbeamte 77[3]
Unmittelbare Stellvertretung **300**, 443[9]
Unmöglichkeit 418, (Gattungsschuld) 399, (Legat) 1037, (nachfolgende) 456, (ursprüngliche) 456, (Wahlschuld) 402
Unsittlichkeit 276
Unteilbarkeit 225, (Grunddienstbarkeiten) **403**, 507, (Pfandrecht) 812, (Servituten) 776
Unterbrechung (Ersitzung) 726, (Verjährung) 331
Untereigentum **680**[3], 764
Untergang corpore, animo 656, 657
Unterhaltspflicht 876
Unterlassungen 630[10a]
Untervermächtnis 1019
Unus casus 132[1], **745**[3]
Unvererbliche Rechte 374[8], **919**, 968
Unverjährbarkeit 324
Unvordenkliche Verjährung 323
UR. = Uti rogas 63
Urheberrecht 732[4]
Urkundenwesen 98[6]
Ursächlicher Zusammenhang 411
Urteil 376
Urteilselemente 379[4]
Urteilszinsen **383**[8], 407
Usance 17
Usualinterpretation 29
Usucapio 713, 716
ex Rutiliana constitutione 715[6]
libertatis 675, **791**, 832
pro herede 714[6], 936
Usurae 405

Usureceptio 715[6]
ex fiducia 715[6]
ex praediatura 715[6]
Usurpatio 726
Usus 783, (Eheschließ.) 842
Usus auctoritas 714[5]
Ususfructus 778
bonorum 780
causalis 778[3]
formalis 778[3]
legatus 1032
maritalis 789[5], **841**
nominis 779
Uti frui licere 541
Uti legassit ita ius esto 96, **939**
Utilis rei vindicatio 746
Utile non debet per inutile vitiari 278
Uxor 834[2]

## V.

Valerius Probus 111[1]
Varro 110[1]
Väterliche Gewalt 877
Vatikanische Fragmente 121
Vectigal 767
Vectigalia publica 52
Venditio sub corona, hasta 703
trans Tiberim 167[1]
Venia aetatis **244**, 389
Veränderungen werden nicht vermutet 722[17]
Veranlassungsprinzip **411**, 624[3]
Verarbeitung 734
Veräußerung 229, (Erbschaft) 1088
Veräußerungsfähigkeit 238
Veräußerungsverbot 276, 686[1], (Legat) 1040, (Vorerbe) 1048[4], (Vormund) 896
Verba solemnia 149, (Erbeinf.) 999
Verbalinjurie 633[14]
Verbalkaution 386
Verbalkontrakt 441
Verbaloblation 431
Verbannung 176[9]
Verbindung 731
Verbis coniunctio 1003, (Legat) 1025
Verborum obligatio 152, **441**
Verbotene Eigenmacht 340[1], 645, **661**
Verbrauchbare Sachen 223, (Nießbrauch) 778
Verein 195[2, 3], 589
Vererblichkeit 919, (Besitz) 657, (Bürgschaft) 603[4], (Dienstbarkeiten) 778, (Klagen) 374
Verfahren (Besitzklagen) 667, (in iudicio, iure) 158, (rei vind.) 751
Verfassungsrecht 16[10], 23
Verfügung, einstweilige (Bau) 693[8], (Besitz) 669[16]
letztwillige 233, 940, **988**
Verfügungsbefugnis 238
Vergleich 609, (Alimente) 1033
Verjährung 319
(der Litispendenz) 331[10], 727[21]
(Pfandrecht) 816
(Servituten) 791
Verkehrsfähigkeit 215
Verklarung 571[10]
Verlöbnis 834
Vermächtnis 943, **1015**
ad pias causas 1041
(Errichtungsform) 1060
nehmer 943, **1019**
vertrag 1068
(Widerruf) 1034
Vermischung 733
Vermutung siehe praesumptio
Vernehmungstheorie 272
Veroneser Fragmente 138
Verordnung 15
Verpflichtungsfähigkeit 238
Verrius Flaccus 111[1]
Ver sacrum 43[1]
Versäumnisverfahren 362[5]
Verschaffungsvermächtnis 1029
Verschulden 419
Verschuldensprinzip **412**, 624[4]
Verschweigung 831[7]
Verschwendung 246
Versicherungsvertrag 699[1]

Versio in rem 825
Verteidigungsmittel 357
Vertrag 232, **281**
dinglicher 439[1]
einseitiger, zweiseitiger 232
zugunsten dritter 463
zu Lasten dritter 465
Vertragsinteresse, negatives 274, 457[21]
positives 457[21]
Vertragsstrafe 467
Vertragstheorien 272
Vertrauenstheorie 252[1]
Vertretbare Sachen 219
Vertretung 299
Verurteilung, bedingte 23[24]
Verwahrungsvertrag 582
Verwaltungsgemeinschaft 848[1]
recht 23
verordnung 15
Verwandtschaft 872, (Ehehindernis) 837, (Erbfolge) 927
Verwendungen (Besitzer) 749, (Ehemann) 862, (Erbschaftsbesitzer) 978, (Leihe) 553, (Pfandrecht) 816
Verwirkung 231, (Eigentumsübergang) 703[6], (väterliche Gewalt) 886
Verwirkungsklausel 469
Verzicht 229 (Erbrecht) 1068, (Servituten) 791
Verzug 428
Verzugszinsen 407
Veteres 110
Vetus Codex 126
Vetustas 323
Vi, clam, precario 645
Via 774
Vicesima hereditatum 82[6], 966[12], 1065
Viehkauf 559[5]
Vim vi repellere licet 339, **661**
Vindicatio gregis **205**, 747
Vindiciae 752
Vindicias dato secundum libertatem 95, 167[2]
Vindikationslegat 1017
Vis absoluta 264
armata 671[21]
compulsiva 264
cottidiana 671[21]
(Erbeinsetz.) 994
ex conventu 668, **752**
maior 422
Vitalität 164[3]
Vitiosa possessio **645**, 665
Vitium aedium 690
Vitricus 183
Viventis nulla hereditas 912
Volk 3
Völkerrecht 24
Volksrecht 17
Volkstribun 73
Volljährigkeit 241, 243[3]
Volljährigkeitserklärung 244
Vollmacht 299, **307**
Volumen parvum 140
Vorausklage 607
Vorausvermächtnis 1020
Vorerbe 947[9], **1009**[21]
Vorflut 695[9]
Vorkaufsrecht (Emphyteuse) 768
gesetzliches 530[5]
persönliches 529
Vorlegung 614
Vormundschaft 896
Vorsatz 419
Votum 282, **439**
Vulgarsubstitution **1008**, 1022
Vulgathandschriften 137
Vulgo quaesiti 888

## W.

Währung 222
Wahlschulden 400
Wahlvermächtnis 1029
Wandelpön 466
Wandelungsklage 525
Wartezeit 840
Wasserrechte 774
Weg (öffentlicher) **217**[3], 687
Wegerechte 774
Werkvertrag 565
Wer säet, der mähet 215

Wert 225
Wertpapier 613
Wertschulden 221
Wette 598
Widerlage 864
Widerruf (Emanzipation) 887, (Freilassung) 170, (Schenkung) 538, (Testament) 1064, (Vermächtnis) 1034
Widerrufliches Eigentum 683
Wiederkauf 529
Wiederverheiratung 871
Wildschaden 639[21]
Willenserklärung 252, 267
Willensmängel 252, (Testament) 992
Willenstheorie 252[1], (Besitz) 644[4]
Wissen und Wollen 227
Woche 315
Wohnsitz 191
Wucher 277[4]
Würderungsklage 525
Wurzeln 696[10]

## 3.

Zeitbestimmung 296, **312**, (Erbeinsetzung) 990
Zensoren 72
Zentumviralgericht **975**[5]
Zenturien 55
Zession 492
Zeugen 270, (Kodizill) 1054, (Testament) 1056
Zinsen 405
Zinsfuß 408
Zinsrückstände 409
Zitiergesetz 119
Zubehör 209
Zufall 422
Zugeständnis 361
Zurückbehaltungsrecht 435
Zustimmung 309
Zwang 264, (Testament) 994
Zwangsvollstreckung 433
Zweck 234[3]
Zwingendes Recht 25
Zwischenzinsen 417
Zwitter 185
Zwölftafelgesetz 48, 94

Druck von E. Buchbinder in Neu-Ruppin.

Von den über diese Bände erschienenen Besprechungen erwähnen wir hier nur folgende:

**Zeitschrift für Handelsrecht** (Kammer ... r. Keyßner, langjähriges Mitglied der Justiz-Prüfungsk... ... Wer nach den Heilfronschen Lehren gearb... n werden dieselben ...

HEILFRON, ED.

KA
48
.H4

Romische Rechtsgeschichte.